Kommentar

der

Schweiz. Bundesverfassung

vom 29. Mai 1874

von

Dr. W. Burckhardt

Professor der Rechte an der Universität Lausanne.

BERN

VERLAG VON STÄMPFLI & CIE.

1905.

Vorwort.

Die vorliegende Arbeit soll das geltende eidgenössische Verfassungsrecht darstellen; die Kommentarform wurde hauptsächlich gewählt, um die Darstellung auf das in der Verfassung enthaltene Recht zu beschränken, was bei einer systematischen Behandlung nicht möglich gewesen wäre. Um die Mängel dieser Darstellungsform, die Zerstückelung des Stoffes und die Vernachlässigung der grundlegenden Rechtssätze einigermassen zu mildern, wurde der Stoff innerhalb jedes Artikels systematisch angeordnet; auch das Sachregister wird die leitenden Grundgedanken leichter auffinden und erkennen lassen; endlich sind drei besonders wichtige Fragen theoretischer Art in der Einleitung erörtert.

Ich verhehle mir nicht, dass die Darstellung manche Lücken und Unvollkommenheiten aufweist; sie waren bei der spärlichen wissenschaftlichen Bearbeitung des Gebietes und der Unsicherheit des objektiven Rechts wie der Praxis beinahe unvermeidlich. Indessen, wenn meine persönlichen Ansichten oft auf Widerspruch stossen werden, so darf ich doch hoffen, es jedem Leser ermöglicht zu haben, sich ein wahrheitsgetreues Bild des heute geltenden Verfassungsrechts zu machen. Dies wird auch inmitten des so raschen Wechsels des Verfassungsrechts der bleibende Wert meiner Arbeit sein, falls sie überhaupt bleibenden Wert beanspruchen darf. Dem Praktiker wird sie, wenigstens einige Zeit, brauchbare Dienste leisten.

Die Verhandlungen der verfassungsberatenden Tagsatzung und Bundesversammlung wurden so weit wiedergegeben, als es zur Auslegung und zum Verständnis des heutigen Gesetzestextes nützlich erschien; womit keineswegs gesagt sein soll, dass die immer mehr oder weniger zweifelhafte Meinung der gesetzgebenden Körper oberste Auslegungsnorm sein solle. Die geschichtliche

Darstellung sollte das Verhältnis des geltenden zum früheren Recht kurz zum Ausdruck bringen und mitunter auch einiges zur neueren Geschichte des Bundesstaatsrechts beitragen.

Die Diskussion der so oft wiederkehrenden Kompetenzfragen mag ermüdend, ja nicht selten kleinlich und spitzfindig erscheinen; allein sowenig es mir zusagt, längst abgetane, durch die Rechtsentwicklung endgültig gelöste Kompetenzfragen wieder aufzuwerfen, so notwendig scheint es mir, aktuelle Fragen klarzustellen; denn nichts schadet mehr dem Ansehen der Verfassung, als die willkürliche oder willkürlich scheinende Entscheidung einer Kompetenzfrage.

Die schweizerische Literatur wurde so viel als möglich berücksichtigt; der Kommentar von Prof. Schollenberger erschien, nachdem die 2 ersten Lieferungen schon gedruckt waren.

Meinem Lehrer,

Herrn Professor Dr. Eugen Huber

in Freundschaft zugeeignet.

Abkürzungen.

Bertoni I, II = Le Istituzioni Svizzere nel diritto pubblico e privato, per gli avvovati *Brenno Bertoni* e *Angelo Oliviero Olivetti.* Torino 1903. Vol. primo: Diritto pubblico.

Blumer-Morel I, II, IV = Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts, von Dr. *J. J. Blumer,* I. Band, 3. Aufl. Herausgegeben von Dr. *J. Morel;* 1891; II. Band, 1. und 2. Abteilung, vollendet und herausgegeben von Dr. *J. Morel,* 1880 und 1887 (zitiert als Bd. II und Bd. III).

Adams = La Confédération suisse par Sir *Francis Ottiwell Adams* et *C. D. Cunningham,* Ed. française avec notices et additions par *Henry G. Loumyer.* Bâle, Genève et Lyon 1890.

Dubs I und II = Das öffentliche Recht der schweizerischen Eidgenossenschaft, 1. und 2. Teil, Zürich 1878, von Dr. *J. Dubs.*

Furrer = Volkswirtschaftslexikon der Schweiz, von *A. Furrer.* 3 Bde. Bern 1885, 1889 und 1891.

Kaiser, Staatsrecht I, II, III = Schweizerisches Staatsrecht in drei Büchern dargestellt von *Simon Kaiser,* St. Gallen 1858, 1859, 1860.

— Politik = Grundsätze schweizerischer Politik, in 22 Vorlesungen von Dr. *Simon Kaiser,* Solothurn 1875.

Kaiser u. *Strickler,* G. u. T. = Geschichte und Texte der Bundesverfassungen der schweiz. Eidgenossenschaft, Bern 1901.

Reichesbergs Handwörterbuch = Handwörterbuch der schweiz. Volkswirtschaft, Sozialpolitik und Verwaltung, herausgegeben von Dr. *N. Reichesberg,* I. Bd., Bern 1903.

Schollenberger = Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Geschichte und System, von Dr. *J. Schollenberger,* Berlin 1905.

— Kommentar = Bundesverfassung der Schweiz. Eidgenossenschaft, Kommentar mit Einleitung, von Dr. *J. Schollenberger,* Berlin 1905.

Snell = Handbuch des schweizerischen Staatsrechts, von Dr. *Ludwig Snell,* 2 Bde. I. Bd. Bundesstaatsrecht; II. Bd. Kantonalstaatsrecht. Zürich 1839 und 1844.

Absch. = Eidgenössische Abschiede von 1245—1798, und von 1814—1848. Repertorium der Abschiede von 1803—1813, 2. Aufl. *(Jakob Kaiser).* Bern 1886.

A. S. = Amtliche Sammlung der Bundesgesetze und Verordnungen der schweizerischen Eidgenossenschaft. — Das Datum des zitierten Erlasses zeigt jeweilen, ob die alte (1848—1874) oder die neue Sammlung (1874 bis heute) gemeint sei.

B. B. = Bundesbeschluss.

B. Bl. = Schweizerisches Bundesblatt.

B. Ges. = Bundesgesetz.

Off. Sammlg. = Offizielle Sammlung der das schweizerische Staatsrecht betreffenden Aktenstücke (von 1815—1848), Bd. I, Zürich 1820; Bd. II, 1838; Bd. III, 1849.

Betreibungsgesetz = Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 (A. S. XI, 529).

M. O. = Militärorganisation der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 13. Wintermonat 1874 (A. S. I, 257).

O. G. = Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 22. März 1893 (A. S. XIII, 455).

O. R. = Bundesgesetz über das Obligationenrecht vom 14. Brachmonat 1881 (A. S. V, 635).

B. Ger. = Bundesgericht.

B. R. = Bundesrat.

B. V. = Bundesverfassung.

B. Vers. = Bundesversammlung.

N. R. = Nationalrat.

N. R. K. = nationalrätliche Kommission.

St. R. = Ständerat.

St. R. K. = ständerätliche Kommission.

V. V. = Vollziehungsverordnung.

Die Abkürzungen sind auch in den wörtlich zitierten Stellen gebraucht. — Die Absätze bei wörtlich zitierten Gesetzesstellen sind durch einen Gedankenstrich ersetzt (—), ausser wenn Aufzählungen mit Buchstaben oder Ziffern vorkommen.

Einleitung.

I. Die rechtliche Natur der Verfassung.

Eine Verständigung über die rechtliche Natur eines Staates oder einer Staatsform ist nicht möglich, wenn man sich nicht vorher darüber verständigt hat, auf Grund welcher Rechtsnormen die rechtliche Natur eines Staates zu bestimmen ist. Ich behaupte, es habe das auf Grund seiner Verfassung zu geschehen; deshalb ist es notwendig, die rechtliche Natur der Verfassung näher ins Auge zu fassen.

Die von *Laband* mit gewohnter Klarheit dargelegte Unterscheidung zwischen Gesetz im formellen und im materiellen Sinn ist auch auf die Verfassung anwendbar. Wenn Gesetz im formellen Sinne derjenige Willensakt des Staates ist, welcher in einer bestimmten feierlichen Weise zustande gekommen und erklärt worden ist [1]), in den für die Gesetzgebung vorgeschriebenen *Formen*, so ist *Verfassung im formellen* Sinne die auf einem andern Wege als dem Wege der Gesetzgebung oder der Verordnung zustande gekommene Vorschrift [2]); dass sie in *bestimmten* Formen, auf dem Wege des Verfassungsbeschlusses zustande gekommen sei, ist nicht erforderlich, weil solche Formen nicht notwendig existiert haben und weil sie, wenn sie existierten, juristisch unerheblich waren, wie unten nachzuweisen ist.

Die Bezeichnung als Verfassung, Verfassungsgesetz, Grundgesetz u. dgl. ist nicht massgebend, schon darum nicht, weil a priori nicht zu entscheiden ist, wo in der zwischen «Verfassung» und «Gesetz» sich bewegenden Reihe von Bezeichnungen die Grenze zu ziehen wäre. Erheblich ist also nur, dass die Verfassungsvorschriften auf einem andern als dem Wege der

---

1) ***Laband,*** Das Staatsrecht des deutschen Reiches. 4. A. 1901. Bd. II, S. 57—58.

2) Vrgl. über die Unterscheidung zwischen formeller und materieller Verfassung: ***Jellinek,*** Der moderne Staat, S. 462—464, der mir aber das Wesentliche nicht erfasst zu haben scheint.

Gesetzgebung und selbstverständlich auch als dem Wege blosser Verordnung entstanden sind. Ist diese Enstehungsweise gegeben, liegt somit eine Verfassung im formellen Sinne vor, so hat dies folgende praktische Wirkungen:

1. Die Verfassungsbestimmungen besitzen höhere Autorität als die Gesetzesbestimmungen, in dem Sinne, dass sie ihnen vorgehen, dass sie Gesetzesbestimmungen, mit denen sie in Widerspruch treten, aufheben, während umgekehrt durch Gesetz Verfassungsbestimmungen nicht aufgehoben werden können. Die Behörde, welche das Gesetzgebungsrecht hat, auch wenn sie die höchste im Staate wäre, wenn es also keine andere zur Erlassung von Verfassungsvorschriften kompetente Behörde gäbe, hat daher nicht auch ohne weiteres das Recht, die Verfassung abzuändern.

2. Verfassungsbestimmungen können somit nur durch andere Verfassungsbestimmungen abgeändert und nicht auf dem Wege der Gesetzgebung aufgehoben werden; umgekehrt kann jeder Verfassungsbestimmung durch eine andere derogiert werden.

Damit, dass die Verfassung höhere Autorität geniesst, soll nicht gesagt sein, dass Verfassungspflichten anderer Natur seien, heiliger seien als Gesetzespflichten und Verordnungspflichten; es sind Rechtspflichten wie alle anderen; es ist von ihnen nichts weiteres zu sagen, als dass sie Nachachtung heischen, dass, wer sie befolgt, rechtmässig, wer sie nicht befolgt, rechtswidrig handelt. Ihr Anspruch auf Gehorsam ist daher nicht stärker, intensiver, als derjenige einer von kompetenter Verwaltungsbehörde erlassenen Vollziehungsverordnung. Die Verfassungsvorschriften geniessen aber in dem Sinne höhere Autorität, dass sie auch für den Gesetzgeber bindend sind, während das Gesetz den Gesetzgeber selbst, als solchen, nicht bindet[1]), gleich wie das Gesetz, welches die verordnende Behörde bindet, höhere Autorität besitzt als die Verordnung.

Gibt es keine Verfassung im formellen Sinne oder ist die sogenannte Verfassung auf dem einfachen Gesetzgebungswege

---

[1]) Trotz der Bemühungen *Jellineks*, dies zu beweisen (Moderner Staat, S. 331 ff.) Es ist ein unüberwindlicher Widerspruch darin, dass der Gesetzgeber, welcher das Gesetz gemacht, und es, sobald er will, wieder abändern kann, durch das Gesetz gebunden sei. Richtig ist, dass der *Staat* in anderen Erscheinungsformen und Funktionen daran gebunden ist, oder praktisch ausgedrückt, dass die Verwaltungs- und Gerichtsbehörden oder die gesetzgebenden Behörden, wenn sie in anderer Eigenschaft tätig werden, an das bestehende Gesetz gebunden sind. Sobald sie aber als Gesetzgeber, d. h. in den Formen der Gesetzgebung handeln, sind sie an das geltende Gesetz auch nicht mehr gebunden *Tezner* (Grünhuts Zeitschrift, Bd. XXI, S. 163) drückt dies dadurch aus: der *verwaltende* Staat ist durch die Normen des gesetzgebenden gebunden.

erlassen worden, so besitzt sie auch formal keine andere Autorität als ein gewöhnliches Gesetz, und kann wie ein solches aufgehoben oder abgeändert werden.

Verfassung im *materiellen Sinne* sind diejenigen Vorschriften, welche logischerweise dem Gesetze und dem Gesetzgebungsrecht vorausgehen müssen. Wie beim Gesetz, bestimmt sich der Begriff der formellen Verfassung nach der Art des Zustandekommens, der Begriff der materiellen Verfassung nach dem Inhalt. Das materielle Gesetz ist die rechtsverbindliche Anordnung eines Rechtssatzes. Es gibt nun Rechtssätze, die ihrem Inhalt nach logischerweise nicht Gegenstand eines Gesetzes sein können, sondern dem Gesetze und dem Gesetzgebungsrecht vorausgehen; nämlich diejenigen Rechtssätze, welche das Gesetzgebungsrecht selber bestimmen. Wenn auch der Gesetzgeber alle anderen staatlichen Funktionen von sich aus durch Gesetz bestimmen kann, so kann er sich doch nicht selber, durch Gesetz, schaffen; wenn es denkbar ist, dass die gesetzgebende Behörde die Kompetenz habe, die Organisation und die Befugnisse aller andern, sowohl der exekutiven wie der richterlichen Behörden zu bestimmen, so ist es doch nicht denkbar, dass die gesetzgebende Behörde sich selber die Grundlage ihrer rechtlichen Existenz unter die Füsse gebe. Das wäre offenbar ein circulus vitiosus: bevor ein Gesetz entstehen kann, muss eine mit Gesetzgebungsgewalt ausgerüstete Behörde da sein; es ist daher ausgeschlossen, dass die gesetzgebende Behörde sich selber durch Gesetz die Kompetenz zulege, Gesetze zu machen; denn entweder hatte sie schon die Gesetzgebungsgewalt im Moment, wo sie das betreffende Gesetz erliess, dann war das Gesetz überflüssig, oder sie hatte die Gesetzgebungsgewalt noch nicht, dann konnte sie auch das betreffende Gesetz nicht erlassen. Aber nicht nur die Norm, welche einer bestimmten Behörde die Gesetzgebungsgewalt gibt, sondern alle die Normen, welche die Organisation der gesetzgebenden Behörde, ihre gesetzgebende Funktion und die materiellen oder formellen Grenzen ihrer Befugnisse ordnen, gehen dem Gesetzgebungsrecht logisch voran, und wenn die Regeln der Logik überall massgebend wären, könnten die gesetzgebenden Behörden daran so wenig etwas ändern, als sich der Chinese am eigenen Zopfe aus dem Sumpf ziehen kann. Wohl ist wahr, dass nach dem positiven Rechte der meisten Staaten, wenn nicht alle, so doch einzelne dieser Regeln auf blossem Gesetz beruhen, und folglich, formell korrekt, auch durch einfaches Gesetz wieder abgeändert werden können.

In der Schweizerischen Eidgenossenschaft ist z. B. der Geschäftsverkehr zwischen den beiden gesetzgebenden Räten durch Gesetz, vom 9. Oktober 1902, geregelt, worin auch die Formen, in denen die Gesetzgebung sich zu bewegen hat, vorgeschrieben sind. Das englische Parlament kann überhaupt Verfassungsveränderungen beschliessen, und zwar kann es nicht nur die Befugnisse anderer, untergeordneter Behörden bestimmen, sondern auch seine eigenen Befugnisse, es kann sie erweitern auf Kosten der Krone und über die Krone selber verfügen. Dies alles mag Rechtens sein, aber logisch ist es nicht; es mag praktisch und sogar notwendig sein, aber es bleibt dessenungeachtet ein innerer Widerspruch. Wenn die Urheber der grundlegenden staatsrechtlichen Normen logische Widersprüche mit rechtsverbindlicher Kraft versehen wollen, so kann sie niemand daran hindern, und wenn man in der Theorie, anstatt das positive Gesetzesmaterial zu erklären, nicht sogleich mit dem Vorwurf unlöslichen Widerspruchs bei der Hand sein soll, so darf man anderseits nicht von der unumstösslichen Präsumption ausgehen, dass alles, was der Gesetzgeber sagt, logisch und bei Anwendung der richtigen Methode theoretisch konstruierbar sei. Alles, was Gesetz oder Verfassung vorschreiben, hat der Jurist als gerecht hinzunehmen; es steht ihm darüber kein Prüfungsrecht zu, das Gesetz ist dem Juristen Autorität. Aber in der Konstruktion der einmal aufgestellten Rechtssätze bleibt der Jurist frei und nur der Autorität des Verstandes untergeben. Auch die Verfassung kann nicht die Gesetze der Logik verändern und einen logischen Widerspruch durch ihren Befehl in Harmonie auflösen. Eine gegebene Rechtsordnung ist also nicht notwendig von logischen Widersprüchen frei, und die richtige Konstruktion eines gegebenen Rechtsstoffes gelangt nicht notwendigerweise zu einem widerspruchslosen System. Ein solcher Widerspruch liegt vor zwischen den beiden positivrechtlich gleich unzweifelhaften Sätzen, dass Gesetzeskraft nur einem durch eine bestimmte Behörde, in bestimmter Form und innert bestimmter Grenze angeordneten Rechtssatz zukommt und dass die gesetzgebende Behörde ihre Organisation, die Formen und die Grenzen ihres Wirkens selber abändern kann.

Dies ist der notwendige Inhalt der *Verfassung* jedes Landes, danach bestimmt sich der Begriff der Verfassung im materiellen Sinne. Die formelle Verfassung kann noch anderes enthalten, sie kann auch nicht alles enthalten, was materiell zur Verfassung des Landes gehört. Wie aber die materiellen Verfassungssätze

logischerweise die gesetzgebende oder die ihr koordinierten Behörden binden müssten, so bindet in der Tat die formelle Verfassung jene Behörden. Die Verfassung, als mit formal höherer Autorität ausgerüstet, kann sie binden. Sie bestimmt die Grundlagen des Staates selbst, seine rechtliche Gestalt und Natur. Nicht alles Recht im Staat ist Staatswillen, Willen des Staates; der Staat, wie er ist, in seiner konkreten Ausgestaltung, ist das Geschöpf der Verfassung. Denn die Vielheit der menschlichen Individuen wird doch erst zum Staat durch ihre rechtliche Organisation, durch die Gruppierung und Unterordnung der Einzelnen unter bestimmte Behörden; die Gesellschaft als rechtlich organisierte Vielheit von Individuen ist der Staat im weitern Sinne, nämlich der Staat im Gegensatz zu andern Staaten; der Behördenorganismus innerhalb dieser Vielheit ist der Staat im engeren Sinne, nämlich im Gegensatz zum einzelnen Bürger, welcher der Behörde gegenübersteht. Dieser Behördenorganismus selber aber steht bezüglich seiner Organisation wie seiner Befugnisse unter Rechtsregeln, und es ist klar, dass er sich diese Regeln, wenigstens diejenigen, welche seine obersten Behörden beherrschen, nicht selbst geben konnte, wie bereits ausgeführt. Es ist daher sehr wohl möglich und vorstellbar, dass die Befugnisse des Staates von vorneherein, gewissermassen kongenital, beschränkt seien; denn die gleiche Autorität, welche die rechtliche Gestalt des Staates überhaupt bestimmt und ihm seine Befugnisse zuschreibt, kann ihm auch Beschränkungen auferlegen und Grenzen setzen in der Ausübung seiner Kompetenzen. Es ist daher nicht richtig, dass ein Staat notwendig, um Staat zu sein, seine Kompetenz selber müsse bestimmen und seine Tätigkeit nach Belieben auf alle Gebiete ausdehnen können. Es mag dies eine politische Notwendigkeit sein, ein praktisches Postulat, ohne das das Lebewesen des Staates der Verkümmerung ausgesetzt ist; ein formaljuristisches Begriffsmerkmal des Staates ist es nicht.

Die rechtliche Natur eines gegebenen Staates bestimmt sich nach seiner Verfassung, und sie bestimmt sich nur nach dieser; massgebend sind die Rechtssätze, welche ihrem Inhalte nach oder infolge ihrer formalen Autorität über dem Gesetzgeber stehen. Dass diese Sätze für die Charakterisierung des Staates erheblich sind, ist selbstverständlich; sie sind aber auch allein erheblich, weil zur Charakterisierung eines Staates nur dasjenige herbeigezogen werden darf, was ihm nicht nur zufällig anhaftet, sondern von Rechts wegen inhäriert; nur diejenigen Normen, welche den Staat bestimmen, nicht diejenigen, welche er selber

bestimmt; denn gestalte er sie so oder anders, so bleibt er der gleiche Staat; nicht welchen Gebrauch er von seiner Befugnis macht, kommt in Betracht, sondern welche Kompetenz er hat. Alle Rechtssätze also, die im Staatswillen ihren Ursprung haben, können nicht zur Charakterisierung dieses Staates dienen. Schon darum nicht, weil sie wechseln können, und man ein Ding nicht auf Grund von zwei verschiedenen, sich vielleicht widersprechenden Reihen von Tatsachen definieren kann. Aus dem gleichen Grund kann man auch die Definition eines Staates nur auf *eine* Verfassung, nämlich die ihm jeweilen zugrunde liegende Verfassung basieren. Der Staat wird daher juristisch ein anderer, wenn seine Verfassung sich verändert; wie die Tatsache einer juristischen Organisation eine Vielheit von Menschen zum Staate macht, so macht auch die Art und Weise dieser Organisation die Eigenart des Staates aus. Verändert sich diese Organisation, so verändert sich auch der Staat in seiner Eigenart; er ist von nun an vielleicht ein ganz anderes juristisches Gebilde. Gleich sind sich nur die Menschen geblieben, aus denen sich der Staat zusammengesetzt; ihre Gruppierung ist eine andere, und folglich bilden sie auch einen andern Staat. Dem steht nicht entgegen, dass dieser neue Staat völkerrechtlich als mit dem alten identisch behandelt wird, m. a. W., dass er in die Rechte und Pflichten jenes nachfolgt, wie wenn nichts vorgekommen wäre. Der Rechtssatz ist an sich nicht unerhörter als der römische: heres personam defuncti sustinet; seine rationelle Begründung erhält er aus der Identität der Individuen, welche den Staat zusammensetzen, was hier nicht weiter auszuführen ist. Im Verhältnis des Staates zu den einzelnen Angehörigen gibt es aber keinen *positiven* Rechtssatz, dass bei Verfassungsänderungen der neue Staat die Schulden des alten anerkennen müsse. Wenn der Staat sich selber wesentlich verändert und die Grundlagen der bisherigen Rechtsordnung erneuert, auf welche formal-juristische Autorität wollte sich der Rechtssatz stützen, welcher dem neuen die Lasten des alten auferlegt? Die Anerkennung dieser Lasten ist sicherlich billig und recht, aber im Moment, wo sich ein Staat eine neue Verfassung gibt, durch welche die bisherigen zivilrechtlichen und verwaltungsrechtlichen Grundsätze erst wieder ihre sichere Grundlage erhalten, beherrscht ihn nicht dieser voraussetzungslose Rechtssatz, dass er die Verbindlichkeiten des bisherigen Staates zu übernehmen habe.

Ich gehe aber weiter und sage: die rechtliche Natur irgend eines Staates darf auch nicht mit Rücksicht auf die Art und

Weise, wie die Verfassung revidiert werden kann, bestimmt werden, oder m. a. W., die Vorschriften über die Revision der Verfassung fallen bei der Charakterisierung eines Staates völlig ausser Betracht. Ob z. B. im Bundesstaat die Zustimmung der Gliedstaaten zur Revision der Bundesverfassung nötig ist, oder ob letztere gegen den Willen des einzelnen Gliedstaates revidiert und vielleicht der Kreis seiner Kompetenzen auf diese Weise gegen seinen Willen eingeschränkt werden kann, ist für die Frage, welcher juristischen Kategorie von Staaten ein konkreter Bundesstaat einzureihen ist, ohne Belang; von Belang ist einzig die dermalen geltende Verfassung, und zwar deshalb, weil die Vorschriften über die Revision der Verfassung keine juristische Geltung beanspruchen können.

Es sind hier zunächst Staaten mit formeller Verfassung gemeint. Es gibt Verfassungen, welche die Revision gewisser staatsrechtlicher Grundnormen überhaupt ausschliessen. Das französische Verfassungsgesetz vom 14. August 1884 verbietet, die republikanische Staatsform durch einen Revisionsantrag in Frage zu stellen. Ein solcher Antrag kann also nicht ohne Verletzung des Gesetzesbuchstabens gestellt werden. Vernünftigerweise kann aber eine solche Vorschrift keine bindende Kraft beanspruchen. Besitzt sie solche Kraft, so verdankt sie sie der Verfassung oder m. a. W. als ein Teil der ganzen geschriebenen Verfassung besitzt diese eine Vorschrift eben die Autorität, welche der Verfassung überhaupt zukommt. Wer aber die Verfassung revidieren will, erkennt eben diese Autorität nicht mehr an; wer die Verfassung kritisiert, steht ausserhalb der Verfassung, tut dies von einem anderen Boden aus als demjenigen der Verfassung; er stellt sich überhaupt nicht mehr auf den Rechtsboden, sondern ausserhalb der Rechtsordnung; die Frage ist für ihn nicht mehr, was Rechtens ist, sondern was Rechtens sein soll; eine politische, nicht eine juristische Frage. Seine Gegner können ihn also nicht mit eben der Autorität bekämpfen, die er in Frage stellt, und ihm Vorschriften einer Rechtsordnung entgegenhalten, die er nicht mehr anerkennt, sondern im Gegenteil neu zu ordnen wünscht. Es wäre dies eben so widerspruchsvoll, als wenn man denjenigen, der die direkte Inspiration der Bibel bestreitet, mit Aussprüchen eben dieser Bibel, welche diese Inspiration behaupten, überführen wollte. Man bewegte sich in einem offenbaren Zirkel.

Nicht anders verhält es sich mit den Bestimmungen, welche nicht die freie Wahl des Revisionsgegenstandes, sondern des

Revisionsverfahrens beschränken. Die bayrische Verfassung vom 26. Mai 1818 bestimmt im X. Titel, § 7, dass die Revision der Verfassung nur durch den König angeregt werden kann. Diese Vorschrift hat an sich die gleiche Gültigkeit wie jede andere Vorschrift der bayrischen Verfassung; tatsächlich aber wird sie die Autorität der Verfassung nie für sich ins Feld führen können, weil sie gerade für den Fall, und nur für den Fall aufgestellt ist, wo diese Autorität in Frage gestellt wird, wo die Verfassung selbst angefochten wird. Wer die Verfassung bekämpft, will nicht auf dem Boden des positiven Rechtes diskutieren, sondern auf dem Boden des richtigen Rechtes; dem geltenden Recht wird nicht die formale Gültigkeit abgesprochen, sondern die innere Berechtigung; es wird vor das Forum der Vernunft gestellt und soll sich da verantworten. Man kann also dem Revisionsanhänger nicht mit juristischen Argumenten antworten, ihm Verletzung eines positiven Rechtes vorwerfen, das er ja eben abschaffen will. Ist dem aber so für die eine revisionsbeschränkende Vorschrift, so ist es für alle Revisionsvorschriften überhaupt so; denn jede Regel ist eine Einschränkung der natürlichen Freiheit, und jede Vorschrift über die Art und Weise des Vorgehens bei der Revision der Verfassung erklärt alle andern Revisionsverfahren für unzulässig. Die Vorschriften über die Verfassungsrevision können also überhaupt keine juristische Geltung beanspruchen, denn sie wollen gerade und nur in dem Falle Anwendung finden, wo die Diskussion sich ausserhalb des Rahmens des positiven Rechtes bewegt; sie wollen denjenigen binden, der die Schranke des geltenden Rechtes nicht anerkennt und logischerweise nicht anerkennen kann. Es kann nun wohl sein, dass der die Revision Begehrende sich den von der Verfassung selbst aufgestellten materiellen oder formellen Schranken anbequemt; dass er nicht die Staatsform umstürzen möchte, sondern die bestehende Staatsform nur im Detail anders gestalten, und dass er den von der Verfassung vorgeschriebenen Weg der Revision einschlägt. Dann wird die Frage eben nicht praktisch; wer sich freiwillig einer Anordnung unterwirft, den braucht man die Rechtskraft der Anordnung nicht fühlen zu lassen; bei allgemeinem Einverständnis bedarf es keines rechtlichen Zwanges. Wenn aber die Regel nur solchen Personen gegenüber Anwendung finden wollte, die sie freiwillig anerkennen, hätte sie keinen Sinn, sie wäre jedenfalls keine Rechtsregel. Sie will selbstverständlich auch denjenigen gegenüber Geltung beanspruchen, die sie nicht freiwillig befolgen, sondern die sich ihr widersetzen; und in diesem einzigen Fall

ihrer praktischen Bewertung versagt sie, verliert sie ihre verbindende Kraft, weil sie ihrem Gegner nicht auf demjenigen Boden entgegentreten kann, auf dem er sie angreift. Und es ist weiter selbstverständlich, dass, wenn der Gegner anderer Verfassungsbestimmungen nicht zu seinem Ziele gelangt, weil der vorgeschriebene Revisionsweg zu lang oder zu beschwerlich ist, er sich eben gegen diese Revisionsvorschrift kehren wird; er muss dies konsequenterweise tun, und wenn er es tut, kann ihm logischerweise wieder mit keiner positiven Rechtsvorschrift der Weg versperrt werden. Die Revisionsvorschriften können also in der Tat vernünftigerweise nur so lange Geltung beanspruchen, als sie freiwillig anerkannt werden, mit andern Worten, sie sind keine *Rechts*vorschriften.

Dasselbe gilt in den Ländern, die keine geschriebene, keine formelle Verfassung haben; denn der Grund der behaupteten Wahrheit liegt im Inhalt der Revisionsvorschriften; weil sie das Verfahren, nach welchem die obersten Rechtsgrundsätze (seien sie nun formell in der «Verfassung» zusammengefasst oder seien sie bloss ihrem Inhalt nach die obersten) revidiert werden können, regeln wollen, können sie keine Rechtsvorschriften sein. Vor der Macht der Logik steht auch die Kraft des positiven Rechtes still.

Wie die Verfassung nach den unanfechtbaren Ausführungen von *Jellinek*[1]) nicht auf eine weitere juristische Tatsache zurückgeführt werden kann, wie die Entstehung der Verfassung nicht juristisch konstruierbar ist, so entzieht sich auch die Revision einer bestehenden Verfassung der juristischen Betrachtung; m. a. W: eine Verfassungsrevision kann ebensowenig wie die Neuschöpfung einer Verfassung mit juristischem Massstabe gemessen werden, eben weil es keine rechtliche Regelung dieses Vorganges geben kann, weil sich dieser Vorgang notwendigerweise, per definitionem, ausserhalb der Rechtsordnung vollzieht. Die Verfassungsrevision ist somit immer, mag sie sich auch noch so ängstlich an die vorgeschriebenen Formen der Ver-

---

[1]) Die Lehre von den Staatenverbindungen, S. 262. *Jellinek* erklärt zunächst für unmöglich, die Entstehung des Staates juristisch zu konstruieren; dasselbe gilt aber, wie er selber S. 265 bemerkt, für die Verfassungsschöpfung; denn die Verfassung ist eben die Ordnung, die den Staat ausmacht. Was *Zorn,* Neue Beiträge zur Lehre vom Bundesstaat in Hirths Annalen, 1884, S. 453, gegen diese Auffassung vorbringt, ist nicht überzeugend: der Akt der Staatsschöpfung sei identisch mit der Begründung einer Staatsgewalt, und dieser Vorgang sei juristisch nicht konstruierbar, wohl aber die Entstehung der Verfassung, die stets aus einer vorhandenen Staatsgewalt hervorgehe. Letzteres eben ist undenkbar: bestände vor der Verfassung eine verfassunggebende Staatsgewalt, so müsste sie doch auch kraft eines materiellen Verfassungsrechtssatzes bestehen, um verbindliche Beschlüsse fassen zu können.

fassungsrevision halten, juristisch betrachtet, ein revolutionärer Akt, weil sie auf Umwandlung der Grundvesten der geltenden Rechtsordnung abzielt und selber durch keine Rechtsnorm gebunden ist.

Damit soll nicht gesagt sein, dass es keinen Sinn habe, in einer Verfassung Bestimmungen aufzustellen über die Art, wie die Verfassung revidiert werden soll. Sie gelten, solange sie nicht selber angefochten werden; sie werden tatsächlich in vielen Fällen beobachtet, und es ist nützlich und gut, dass es solche Vorschriften gebe, wenn sie auch nur etwelche moralische Autorität haben. Will sie ein Revisionsbegehrender nicht beobachten, so muss er sie doch ausdrücklich anfechten; denn formell stehen sie in der Verfassung; er muss sie ausdrücklich für unverbindlich erklären, er muss sich auch in diesem Punkte mit der Verfassung in Widerspruch stellen, und durch die Verwerfung der auch nur mit moralischer Autorität ausgestatteten Revisionsbestimmungen die Verantwortlichkeit einer allgemeinen Unordnung, eines ganz ungeregelten, oder nach keiner allgemein anerkannten Regel gerichteten Vorgehens auf sich laden. Ob er dies tun soll oder nicht, ist für ihn eine ethische Frage, nicht eine rechtliche; er wird es um so leichter tun, als nach seiner subjektiven Überzeugung die durch die Verfassung vorgeschriebenen Revisionsformen unrichtig sind. In vielen, in den meisten Fällen werden aber die Revisionsvorschriften freiwillig anerkannt und befolgt; sie sind die gegebenen Formen, nach denen, mangels anderer allgemein anerkannten, nach allgemeinem Einverständnis revidiert wird. Weil es von Wert ist, im Momente der Revision einen, wenn auch unverbindlichen Vorschlag über das dabei zu befolgende Verfahren an der Hand zu haben, und weil unter solchen Umständen derjenige, der diese Handhabe nicht ergreift, eine schwere Verantwortlichkeit auf sich ladet, hat es auch einen guten Sinn, solche Vorschriften aufzustellen; ihre Autorität ist aber nur eine moralische, und je nach dem Inhalt dieser Vorschriften eine verschiedene.

Aus dieser Auffassung der Verfassungsrevision ergibt sich, dass man die Bestimmungen darüber nicht zur Charakteristik eines Staates herbeiziehen darf. Auf welchem Wege revidiert werden wird, wenn überhaupt revidiert wird, entzieht sich jeder Voraussicht; juristisch kann der Vorgang nicht geregelt und, wenn er einmal stattgefunden hat, nicht konstruiert werden.

Will man einen Staat juristisch gleichzeitig nach den geltenden Verfassungsvorschriften und nach den über die Abände-

rung derselben gegebenen Vorschriften konstruieren, so verwickelt man sich in Widersprüche überall da, wo Gesetzgebung und Verfassungsrevision nicht in den gleichen Händen liegen.

Nehmen wir das Beispiel des deutschen Reichs. Wenn man sich auf den Boden der geltenden Verfassung stellt, so haben die Staaten die oberste Entscheidungsmacht in allen denjenigen Gebieten, die durch die Reichsverfassung nicht dem Reiche zugewiesen sind. Sie sind also auf einer Anzahl von Gebieten die oberste rechtliche Instanz, und, da die Verfassung der oberste Rechtsgrundsatz ist, eben so ursprünglich, wie das Reich in seiner Sphäre die höchste Instanz ist. Man mag aus dieser Tatsache welche Konsequenzen ziehen, als man immer will, so ist sie doch für die juristische Konstruktion bedeutsam, vielleicht entscheidend. Nimmt man aber zu dieser juristischen Tatsache die andere hinzu, dass diese ganze Kompetenzausscheidung auf dem Wege der Verfassungsrevision, d. h. auf dem Wege der Gesetzgebung[1]) umgestossen werden kann, und dass der einzelne Staat sich der Entziehung dieser seiner letztinstanzlichen Machtbefugnis nicht erwehren kann, sondern sie abgeben muss, wenn es durch den Reichstag und eine qualifizierte Mehrheit der Vertreter der Gliedstaaten im Bundesrat beschlossen wird, so nimmt seine eben beschriebene Autonomie eine ganz andere Gestalt an, sie steht ihm nicht mehr eben so ursprünglich zu wie dem Reich seine Machtbefugnis; sie steht ihm nur mit Willen des Reiches zu, solange die Organe des Reiches nicht etwas anderes beschliessen; sie ist ihm nur delegiert; sie ist eine aus der Reichsmacht *abgeleitete* Macht.

Ähnlich verhält es sich in der Schweiz: hält man sich an die Bundesverfassung, wie sie gegenwärtig ist, so bleibt den Kantonen noch ein eigenes Gebiet, auf dem sie keiner höheren Gewalt verantwortlich sind. Heisse man sie nun souveräne Staaten oder Staaten schlechthin, oder wie man immer will, so ist doch ihre Stellung gegenüber dem Bund eine wesentlich verschiedene, je nachdem man sie lediglich nach Massgabe der geltenden Verfassung betrachtet, oder auch die Möglichkeit der Verfassungsrevision als einen juristisch relevanten Umstand in Betracht zieht. Im letzteren Falle erscheint die ihnen von der Verfassung zugewiesene Zuständigkeitssphäre als eine Gewährung des Bundes, denn kraft der Bundesverfassung kann sie ihnen durch Beschluss des Volkes und der Mehrzahl der Kantone entzogen werden.

[1]) Oder nahezu, vgl. Art. 78 der Reichsverfassung.

Was sie also besitzen, besitzen sie nur durch die Gnade dieser beiden Faktoren, von deren Willen es abhängt, sie ganz zu entsetzen.

In Frankreich, dem Einheitsstaate, wo ebenfalls für die Verfassungsrevision ein besonderes Verfahren vorgesehen ist, müssen auf Grund der geltenden Verfassung die Kammern mit dem Präsidenten der Republik als die gesetzgebenden und damit die höchsten Behörden angesehen werden[1]. Sie sind die höchsten Behörden im Staat, und ihr Wille ist der höchste Staatswille, weil das Gesetz für alle andern verbindlich ist, und sie ihre Gesetzgebungsgewalt direkt aus der Verfassung ableiten. Misst man aber den Bestimmungen über das Revisionsverfahren juristische Bedeutung bei, so muss man sie auch bei der Charakteristik des Staates herbeiziehen, und da zeigt es sich, dass kraft Verfassung die Nationalversammlung die Macht hat, die ganze Organisation der gesetzgebenden sowohl als der anderen Gewalten umzugestalten, ohne dass sich jemand dem widersetzen könnte, dass also rechtlich von einem Tag zum andern die Gesetzgebungsgewalt einer wesentlich anders gestalteten Behörde oder dem Volke gegeben, oder zwischen einem Parlament und der Regierung geteilt werden könnte; dass somit die gegenwärtigen gesetzgebenden Körper ihre Kompetenz nicht kraft ursprünglichen Rechtes besitzen, sondern kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Verleihung durch eine höhere Behörde im Staate, die Nationalversammlung; diese erscheint als die höchste Behörde im Staate, da sie ja die Macht hat, alles andere zu ändern. Es wäre also hier und überall für die Charakteristik eines Staates nicht in erster Linie massgebend, wer nach materiellem Verfassungsrechte die gesetzgebende Gewalt ausübt und welches ihre Grenzen sind, sondern wer die Verfassung zu machen und abzuändern die Macht hat. Dieses wäre das oberste Kriterium der Klassifikation der Staaten, was mit den bisherigen Einteilungen schlecht übereinstimmen würde. Man muss sich über das gegenseitige Verhältnis jener beiden Kategorien von Vorschriften, diejenige über die Gesetzgebungsgewalt und über die konstituierende Gewalt klar sein; sie können bei der juristischen Konstruktion eines Staates nicht auf gleichen Fuss gestellt werden, da sie zu widersprechenden Ergebnissen führen. Haben die Vorschriften über die Revision der Verfassung Rechtscharacter,

---

[1]) Abgesehen von den durch die Verfassung der gesetzgebenden Gewalt zu gunsten anderer Gewalten auferlegten Beschränkungen, z. B. zu gunsten der richterlichen und der exekutiven.

so müssen sie auch darum den in der Verfassung selbst enthaltenen Vorschriften vorgehen, weil die Regel, welche bestimmt, wie die Verfassung abgeändert und neugestaltet wird, logisch dieser Verfassung vorgehen muss. Es gäbe nach dieser Auffassung vier verschiedene Grade der formellen Rechtskraft: Verordnungsrecht, Gesetzesrecht, darüber Verfassungsrecht, und darüber das für den Konstituenten selbst massgebende Verfassungsrevisionsrecht. Nach der hier vertretenen Auffassung gibt es allerdings über dem Gesetzesrecht ein mit formal höherer Rechtskraft (im obigen Sinn) ausgerüstetes Recht, das Verfassungsrecht, und unter dem Gesetzesrecht Verordnungsrecht; das Verfassungsrecht ist aber in jedem gegebenen Staate das höchste.

II. Der Bundesstaat.

Die rechtliche Natur des Bundesstaates kann nicht erörtert werden, ohne dass auf den Begriff der Souveränität und des Staates selbst zurückgegangen wird; denn je nach der Bestimmung jener Begriffe nimmt das Problem, wie auf einem Gebiete scheinbar zwei Staatsgewalten nebeneinander bestehen können, oder m. a. W., welches das Verhältnis der Partikulargewalt zur Zentralgewalt ist, eine sehr verschiedenen Gestalt an.

Die dem Problem des Bundesstaates gegebenen Lösungen lassen sich in drei Kategorien teilen:

Die einen erblicken in der Souveränität eine wesentliche Eigenschaft der Staatsgewalt und in der Unteilbarkeit eine wesentliche Eigenschaft der Souveränität; es kann daher für sie auf dem gleichen Gebiet nicht zwei koexistierende Staatsgewalten geben. Die Vertreter dieser Ansicht sehen sich vor die Notwendigkeit gestellt, der Zentralgewalt oder der Partikulargewalt die Eigenschaft einer *Staats*gewalt abzusprechen, und sie auf eine andere Art zu konstruieren.

Die zweiten halten die Unteilbarkeit der Souveränität ebenfalls aufrecht, erklären sie aber dem Staat für nicht wesentlich und behaupten daher, es könne auch nicht-souveräne Staaten geben; sie werden aber durch diese Behauptungen gezwungen, sich mit der herrschenden Ansicht über die Unteilbarkeit der Souveränität und der ohne sie undenkbaren Staatgewalt auseinanderzusetzen und ein befriedigendes Unterscheidungsmerkmal zwischen dem nicht-souveränen Staat und den blossen Kommunalverbänden zu finden.

Eine dritte Ansicht endlich macht zwar die Souveränität zu einer wesentlichen Eigenschaft des Staates, glaubt aber die Souveränität teilen und sowohl der Zentralgewalt wie der Partikulargewalt im Bundesstaat einen Anteil zuweisen zu können; sie hat die logisch unanfechtbar scheinende Einwendung zu gewärtigen, dass auf einem und demselben Gebiete nur eine Gewalt die höchste sein kann, und darauf Antwort zu geben.

Alle diese Ansichten über den Bundesstaat nehmen ihren Ausgang von einem bestimmten, vorher aufgestellten Begriff des Staates, auf Grund dessen die einen dasjenige für möglich und wirklich erklären, was die andern verneinen. Um die Frage in ihrem ganzen Umfang zu erfassen und die eigene Theorie vollständig zu begründen, müsste daher auch hier auf den Begriff des Staates zurückgegangen werden; allein dies würde zu weit führen, und was in Frage steht, ist in erster Linie nicht die Natur des Staates überhaupt, sondern seine Souveränitätsqualität; nach dem, was oben über die Verfassung gesagt worden ist, kann es hier genügen, den Staat als den durch Verfassung organisierten öffentlich-rechtlichen Personenverband zu bezeichnen. Eine Definition soll damit nicht gegeben sein, sondern nur eine zur Unterscheidung von andern Personenverbänden dienliche Bezeichnung.

1. Es fragt sich zunächst: was ist unter Souveränität zu verstehen? *Rosin* [1]) analysiert den Begriff zutreffend, indem er darin zunächst den Begriff einer höchsten, obersten Gewalt findet, und sodann eines höchsten Rechts, nicht einer tatsächlichen Macht; Souveränität beziehe sich daher auf Über- und Unterordnung der Rechtspersönlichkeiten, und Unterordnung sei vorhanden, wenn die eine den Willen der anderen aus eigener Macht zu bestimmen berechtigt sei. Es ist richtig, dass Souveränität ein Verhältnis von rechtlicher Über- und Unterordnung ausdrückt; souverän ist derjenige Staat, der keinen andern über sich hat. Daraus aber zu folgern, dass auf einem und demselben Gebiete nur eine Staatsgewalt souverän sein könne, ist m. E. unrichtig. Diese heute beinahe allgemein akzeptierte These ist mit besonderem Nachdruck von *Seydel* in seiner Abhandlung über den Bundesstaatsbegriff [2]) verteidigt worden: Die zum Staat vereinigte Menschengesamtheit muss von einem einheitlichen höchsten Willen beherrscht sein. « Begrifflich notwendig aber ist, dass

---

[1]) *Rosin*, Souveränität, Staat, Gemeinde, Selbstverwaltung etc., Hirths Annalen 1883, S. 265.

[2]) *Seydel*, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, 1893, S. 1.

dieser Wille ein einiger, einheitlicher sei, denn wo er gespalten ist, verliert er sein Wesen. *Zwei* höchste Willen heben einander auf, verneinen sich gegenseitig, sind darum begrifflich unmöglich.» (S. 5). *Seydel* scheint dabei einerseits vom Erfordernis der Einheit der Staatsgewalt auszugehen und daraus zu folgern, dass die höchste Gewalt im Staat eine einzige und einheitliche sein muss; anderseits, und darauf kommt er mehrmals zurück, folgert er aus dem Begriff der Staatsgewalt als der *höchsten* Gewalt, dass sie einheitlich sein muss, und nicht geteilt sein kann. Beide Begriffe sind so weit in einem notwendigen logischen Zusammenhang.

Wenn man von der Einheit der Staatsgewalt spricht, so postuliert man damit zweierlei:

1. Vom Standpunkt der formalen Logik, dass die verschiedenen in einem Rechtsgebiet vorhandenen rechtlichen Gewalten zu einander in ein logisch fassbares, begreifliches Verhältnis der Unter- und Überordnung gebracht werden, welches Kollisionen unter den verschiedenen Gewalten ausschliesse.

2. Vom Standpunkt der praktischen Vernunft aus, dass der Inhalt aller staatlichen Normen widerspruchslos sei, gehen sie nun von einer Quelle aus oder von mehreren: es kann nicht etwas zugleich Recht und Unrecht sein, erlaubt und verboten.

Letztere Forderung richtet sich nicht speziell an den Bundesstaat, sondern an jeden wie immer organisierten. Dagegen erhebt sich im Bundesstaat speziell die Frage, wie jenem Prinzip der Einheit in der Vielheit der Staatsgewalten Genüge getan werden könne; daraus scheint sich mit Notwendigkeit zu ergeben, dass eine der Gewalten die höchste und über allen andern sein müsse, die Zentralgewalt oder die Partikulargewalt; denn es muss festgestellt werden können, welcher auf gleichem Staatsgebiet die andere vorgeht.

Die Behauptung *Waitz'*, dass die Souveränität geteilt sein könne, ist damit m. E. noch nicht widerlegt; denn *Waitz* will damit nicht sagen, dass jede von zwei Gewalten die höchste sein könne, sondern dass die Gewalt inhaltlich geteilt sein könne, so dass jede auf ihrem Gebiet die höchste sei [1]). Diese Behauptung scheint mir vielmehr richtig zu sein. Vorerst muss aber noch eine Unterscheidung gemacht werden:

Souveränität ist nicht eine absolute Eigenschaft des Staates, wie die Härte eine Eigenschaft des Diamantes und die Schwere

[1]) *Waitz*, Grundzüge der Politik, S. 166 ff.

eine Eigenschaft des Bleies ist. Rechtliche Eigenschaften zeigen sich nur in Rechtsverhältnissen. Ob jemand an einem Ort domiziliert sei z. B., ist bloss dann zu entscheiden, wenn man weiss, ob das Domizil als Voraussetzung des Gerichtsstandes, der Steuerpflicht oder der Ausübung politischer Rechte gemeint ist; denn möglicherweise ist der Betreffende als domiliziert zu betrachten, wenn es sich um Bezahlung einer Gewerbesteuer handelt, während seine Niederlassung zur Begründung des politischen Domizils nicht genügt. Die Frage, ob ein Staat souverän sei, taucht nun in zwei ganz verschiedenen rechtlichen Beziehungen des Staates auf; man will damit einerseits den Staat in seinem Verhältnis zu andern Staaten qualifizieren und anderseits den Staat in seinem Verhältnis zu andern Rechtsgewalten auf demselben Gebiete und über denselben Menschen. Die beiden Fragen werden zu Unrecht vermengt und als einer einzigen Lösung fähig dargestellt, mit der unzutreffenden Begründung, dass der Staat nicht zugleich souverän (nämlich nach innen) und nicht souverän (nämlich nach aussen) sein könne, oder umgekehrt[1]). Diese Begründung ist unzutreffend,

1. weil ein Rechtssubjekt sehr wohl in einer Art von Rechtsverhältnissen eine Eigenschaft besitzen kann, die es in einer andern Art von Rechtsverhältnissen nicht besitzt; das ist an sich im öffentlichen Recht so gut als im Privatrecht möglich: der bevollmächtigte Mandatar ist gegenüber dem Schuldner des Mandanten zur Erhebung der geschuldeten Summe befugt, nicht aber gegenüber dem Mandanten selbst; der bona fide Erwerber einer gestohlenen Sache ist jedermann gegenüber Eigentümer, aber dem Bestohlenen gegenüber nicht. Der Beamte ist dem Bürger gegenüber zur Ausübung seines Amtes berechtigt, aber dem Staate gegenüber nicht; die Gemeinde ist den Gemeindemitgliedern gegenüber zur Ausübung der Autonomie berechtigt, nicht aber dem gesetzgebenden Staate gegenüber, da ihre Autonomie auf dem Gesetz beruht.

2. weil im vorliegenden Fall von zwei verschiedenen Dingen gesprochen wird, wenn gesagt wird, der Staat sei nach aussen souverän, und der Staat sei nach innen souverän. Im ersten Fall spricht man vom Staat im Gegensatz zu andern Staaten, also von der staatlich organisierten Menschengesamtheit auf einem bestimmten Territorium, von der durch eine Verfassung zusammengehaltenen Gebietskörperschaft. Im zweiten Falle

---

[1]) Vgl. *Laband*, Staatsrecht des deutschen Reichs, Bd. I, S. 54, Note 1.

spricht man von der Staatsgewalt oder von den mit der Staatsgewalt betrauten Behörden im Gegensatz zu den zu Gehorsam verpflichteten Bürgern des ganzen Verbandes, und wenn man von Souveränität spricht, will man das Verhältnis einer dieser Behörden oder einer hierarchisch gegliederten Gruppe von Behörden und der von ihr geübten Gewalt zu den einzelnen Bürgern charakterisieren: in der Befugnis, dem einzelnen zu befehlen, steht die eine Behörde höher oder niedriger als die andere Behörde oder die der einen zukommende Gewalt höher als die der andern zukommende. Ein Staat als Ganzes kann sehr wohl internationale Verpflichtungen haben, die seine Selbständigkeit beeinträchtigen und seine Souveränität im völkerrechtlichen Verkehr ausschliessen, ohne dass deswegen die Behörden dieses Staates im Verhältnis zu den Einwohnern des Staates an ihrer Autorität eingebüsst oder aufgehört hätten, für diese Einwohner die oberste, ja die einzige Rechtsgewalt zu sein. Die Unabhängigkeit des innerstaatlichen Gehorsamsverhältnisses zwischen Bürger und Staat von dem internationalen Pflichtverhältnis des betreffenden Staates zu andern Staaten ist von *Triepel*, Völkerrecht und Landesrecht, Leipzig 1899, stark betont worden.

Wenn man von Souveränität im völkerrechtlichen Sinne spricht, d. h. von Souveränität des Staates als Gebietskörperschaft im Verhältnis zu andern Staaten, so bezeichnet man damit einen gewissen Grad von Selbständigkeit gegenüber andern Staaten; Souveränität bedeutet nicht rechtliche Ungebundenheit, die es nicht gibt und nicht geben kann, sondern die Freiheit von solchen Pflichten, die mit der Gleichheit der Staaten unvereinbar sind. Diese relative Selbständigkeit, die wir Souveränität nennen, kommt einem bestimmten Staat entweder zu oder nicht; sobald ein Staat einem andern, wenn auch nur *einem* Staat gegenüber über jenes Mass hinaus in seiner Unabhängigkeit beschränkt ist, hat er, nach herkömmlichem Sprachgebrauch, seine Souveränität verloren, — wenn er auch allen andern gegenüber als vollständig unabhängig dasteht; vornehmlich bezeichnet man aber als nicht-souverän diejenigen Staaten, die im völkerrechtlichen Verkehr überhaupt nicht die volle Handlungsfähigkeit besitzen, die in der Ausübung ihrer Rechte an die Zustimmung oder an die Vermittlung eines andern Staates gebunden sind. Man könnte somit auch hier zwischen absoluter und relativer Souveränität, zwischen absoluter und relativer Nichtsouveränität unterscheiden, je nachdem das Abhängigkeitsverhältnis nur gegenüber einzelnen Staaten oder gegenüber allen

Gliedern der Völkergemeinschaft wirksam ist; der Sprachgebrauch hat sich aber nicht so ausgebildet. Spricht man dagegen von Souveränität in staatsrechtlichem Sinne, so will man das Verhältnis charakterisieren, in dem die Organe des staatlichen Verbandes zu den Verbandsgliedern, den Menschen, stehen. Es fragt sich, wem in diesem Verbande die höchste Gewalt zusteht.

Die höchste Gewalt im Staat braucht nun aber nicht auf allen Gebieten der staatlichen Tätigkeit der gleichen Behörde zuzustehen, bezw. dem gleichen Subjekt. Es ist an sich wohl möglich, dass auf einem Gebiete der Zentralstaat zuständig sei, auf einem andern der Partikularstaat, und dass jeder auf seinem Gebiete die höchste Gewalt besitze. Das war der sehr natürliche Gedanke der Urheber der schweizerischen Bundesverfassung (Art. 2) und der Verfassung der Vereinigten Staaten von Amerika. Wenn oben von einem Postulat der Einheit der Staatsgewalt gesprochen wurde, in dem Sinn, dass unter mehreren auf gleichem Staatsgebiete vorhandenen Rechtsgewalten ein Über- oder Unterordnungsverhältnis hergestellt werden müsse, so steht damit die Behauptung der sogenannten Teilbarkeit der Souveränität, besser der Teilbarkeit der Staatsgewalt nach ihrem Inhalt, nicht im Widerspruch. Jenes Postulat schliesst das Nebeneinanderbestehen koordinierter Gewalten für verschiedene sachliche Gebiete so wenig in der obersten Instanz der Staatsgewalt aus als in den untern; nur *das* muss verlangt werden, dass, wenn die Zuständigkeitssphären geteilt sind und für jede eine besondere oberste Gewalt besteht, das Verhältnis beider zu einander, die Abgrenzung ihrer Kompetenzen und die Beilegung von Konflikten, durch eine für beide Teile verbindliche Ordnung geregelt werde. Das ist im Bundesstaate die Bundesverfassung. Man sage nicht, damit werde die Überlegenheit der Zentralgewalt über die Partikulargewalt anerkannt; die Bundesverfassung ist für die Zentralgewalt verbindlich so gut wie für die Partikulargewalt; sie ist nicht ein Ausfluss jener Gewalt, sie ist nicht der Ausdruck des Willens des Gesamtstaates, sondern umgekehrt, die Zentralgewalt ist eine Schöpfung der Verfassung und der Gesamtstaat existiert und hat nur rechtliche Gewalt kraft der Bestimmungen der Bundesverfassung; die Verfassung schafft rechtlich den Staat, sie verleiht ihm seine Zuständigkeit, sie bestimmt und beschränkt ihn[1]).

Was hat man ausser jenem argumentum unitatis gegen unsere Auffassung vorgebracht?

---

[1]) Vgl. oben, I.

Laband bemerkt (Staatsrecht, I, p. 59) dagegen, es sei eine Chimäre, die staatlichen Aufgaben dergestalt in zwei Teile zerlegen zu wollen, dass auf jedem dieser beiden Teile eine gesonderte Staatsgewalt unabhängig von der andern herrsche. Das Gesamtleben der Nation lasse sich so wenig auseinanderreissen wie das Leben des Menschen; alle Aufgaben und Zwecke des Staates, und demgemäss alle Einrichtungen und Herrschaftsrechte des Staates stehen in Wechselwirkung und bestimmen sich gegenseitig. Keine Seite des staatlichen Lebens lasse sich isolieren und ohne Rücksicht auf die gesamte Ordnung des Staates für sich verfolgen.

Darauf ist zu erwidern, dass die geltend gemachte Schwierigkeit nicht formal-juristischer, sondern politischer Natur ist: an sich ist nicht abzusehen, warum die Kompetenzen zweier Staatswesen nicht inhaltlich voneinander abgegrenzt werden könnten, gleich wie die Kompetenzen zweier Staatsbehörden verschiedener Ordnung oder zweier Verwaltungszweige. Wenn die Funktionen zweier Behörden desselben Staates streng abgegrenzt werden können, warum sollte die Verfassung nicht ein Gleiches für die Kompetenzen zweier Staatswesen vorschreiben? Unzweifelhaft kann diese Grenze im einzelnen Falle streitig werden, und selbstverständlich muss ein Organ da sein, welches sie im Streitfalle festsetzt, wie gleich zu erörtern; aber es ist an sich nichts Vernunftwidriges, zu wollen, dass auf einem Sachgebiete *diese,* auf dem andern *jene* Staatsgewalt zuständig sei. Eine andere Frage ist, ob eine solche Spaltung praktisch ist, ob sie leicht und ohne Anstoss durchführbar ist. Darin mag *Laband* Recht haben, dass, wenn auf dem gleichen Territorium zwei ebenbürtige Staatsgewalten nebeneinander tätig werden, Reibungen unvermeidlich sind und dass sie sich weniger leicht beseitigen lassen, als wenn zwei Behörden eines und desselben Staates in Konflikt geraten [1]. Tatsache ist aber, dass die Verfassungen der drei hauptsächlichsten Bundesstaaten eine solche Kompetenzausscheidung vorgenommen haben, sei dies nun zweckmässig oder nicht, und dass nach der Meinung dieser Verfassungen auf dem einen Gebiet der Zentralstaat, auf dem andern der Partikularstaat zuständig und ausschliesslich zuständig sein soll. Wo der Zentralstaat kompetent ist, sollen ihm die Partikularstaaten nichts vorzuschreiben haben, und wo diese kompetent sind, sollen sie es in letzter Instanz sein. Das

[1] Diese Schwierigkeit scheint *Waitz* allerdings nicht genügend gewürdigt zu haben, a. a. O. S. 168.

ist positive Verfassungsvorschrift. Was bedeutet es hiergegen, wenn man erklärt, die Einzelstaaten seien im Grund dem Gesamtstaat untergeordnet, durch ihn mediatisiert, er allein sei souverän und in seiner Zuständigkeit unbegrenzt? Sind deswegen die staatlichen Aufgaben weniger in zwei Teile zerlegt, ist die dem Partikularstaat zugewiesene Seite deswegen weniger von der dem Gesamtstaat zugewiesenen isoliert? Die immerhin seltenen Kollisionsfälle kommen hier nicht in Betracht; in der überaus grossen Mehrzahl der Fälle entscheidet die eine oder andere Staatsgewalt ohne die geringste Reibung, und je mehr Kompetenzstreitigkeiten entschieden werden, desto sicherer und schärfer wird die Grenze. Auch das ist zuzugeben, dass dem Postulat der praktischen Einheit der Staatsgewalt nach ihrem Inhalt mit einer solchen staatlichen Organisation nicht Genüge getan wird: Auf dem gleichen Gebiete, für die gleichen Personen können widersprechende Rechtsgrundsätze Rechtens sein, z. B. im Strafprozess der nach Bundesrecht, und im Strafprozess der nach Partikularrecht zu beurteilenden Delikte, der Organisation und Tätigkeit der gesetzgebenden, verwaltenden, richterlichen Organe, im Beamtenrecht etc. etc. Wenn auch diese innern Widersprüche nicht zu Kollisionen Anlass gaben, so verletzen sie doch das Rechtsgefühl. Allein das positive Verfassungsrecht ist es, welches diesen Mangel an sich trägt; er lässt sich durch keine juristische Konstruktion wegargumentieren.

Der zweite von Laband vorgebrachte Einwand betrifft die Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten; solche seien unvermeidlich, und diejenige Gewalt, welche sie entscheidet, sei zugleich die souveräne, die andere sei ihr untergeordnet. Von dieser Frage ist die andere zu trennen, wer die positiv rechtlich gegebenen Kompetenzgrenzen abändern könne; dass diese Möglichkeit der Verrückung der Kompetenzgrenzen mittelst Verfassungsrevision hier nicht in Betracht fällt, ist schon oben gezeigt worden. Was die verfassungsmässige Kompetenz zur Entscheidung von Kompetenzkonflikten betrifft, so kann ihr keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden. Wenn beide Gewalten materiell ganz gleich gestellt werden sollten, müsste über Kompetenzstreite eine weder der einen noch der andern angehörende Behörde entscheiden, oder eine gleichmässig aus beiden gebildete. Wenn diese Lösung nicht gewählt, sondern den Organen des Zentralstaates die Entscheidungskompetenz zugewiesen wurde, so geschah es wesentlich aus praktischen Gründen, und nicht, um dem Zentralstaat zu ermöglichen, zweifelhafte Kompetenzen auf seine Seite zu ziehen.

Der Umstand, dass seine Organe es sind, welche die streitige Grenze festsetzen, gibt dem Zentralstaate unleugbar eine faktische Superiorität, indem seine Organe tatsächlich willkürlich zu seinen Gunsten entscheiden können, so oft sie zu entscheiden haben. Rechtens ist das aber nicht; sie *sollen* nicht so entscheiden, im Gegenteil, sie sollen unparteiisch die von der Verfassung gewollte Grenze aufsuchen und sie feststellen. Auch sie sind an materielles Recht gebunden in ihrer Rechtsprechung, und der Umstand, dass die Verletzung dieses Rechtes ohne Sanktion bleibt, ändert am Rechte selbst nicht. Die Frage ist nur: will das materielle Verfassungsrecht den Gliedstaaten eine bestimmte, feste Kompetenzsphäre zuweisen? und diese Frage ist unzweifelhaft zu bejahen. Die Möglichkeit, dass das materielle Recht verletzt wird, berechtigt nicht, so zu argumentieren, wie wenn es nicht vorhanden wäre.

2. Es gibt nach obiger Auffassung somit Staaten, die nach aussen nicht souverän sind, nämlich im völkerrechtlichen Verkehr; Unterordnung eines Staates unter einen andern kraft Völkerrechts ist mit dem Wesen des Staates vereinbar, staatsrechtlich bleiben immerhin die Behörden des betreffenden Staates in seinem Gebiet die höchsten und für den Bürger allein massgebenden. Dies ist aber auch unentbehrliche Bedingung eines Staates, dass seine Organe in der Herrschaft über Land und Leute die höchsten seien; sind sie es nicht, so steht über ihnen eine höhere Gewalt, der sie untergeordnet sind, und der Personenverband, dem sie angehören, steht innerhalb eines anderen, höheren, der im Lande die höchste Gewalt ausübt und darum als der Staat zu bezeichnen ist. Die innere Souveränität oder die höchste Herrschaftskompetenz im Lande ist somit eine wesentliche Eigenschaft des Staates. Dadurch unterscheidet er sich von den Kommunalverbänden; sie sind vom Staat abhängig. In was diese Abhängigkeit besteht, darüber gehen die Meinungen noch auseinander. Man sagt etwa, sie üben ihre Gewalt nicht im eigenen Namen, sondern im Namen des Staates aus, ihre Herrschaftsgewalt sei eine abgeleitete. Wenn man sagt, die Gemeinden haben keine eigene öffentliche Gewalt, so meint man damit nicht, es stehe ihnen das Recht, solche Gewalt zu üben, nicht zu, sie seien nicht Subjekte dieses Herrschaftsrechtes; man will vielmehr sagen, sie seien dem Staate gegenüber nicht dazu berechtigt, sondern nur den einzelnen ihnen untergebenen Individuen. Das ist in der Tat der Fall, wenn sie das Recht vom Staate auf dem Wege der Gesetzgebung

erhalten haben, weil er es ihnen auf gleichem Wege wieder nehmen kann; ein Recht, es zu behalten, haben sie somit dem gesetzgebenden Staate gegenüber nicht. Das ist häufig, aber nicht immer und nicht notwendig so; es kann sehr wohl sein, dass den Gemeinden ihre Autonomie und ihr Anteil an der öffentlichen Gewalt durch die Verfassung selbst gewährleistet ist — durch die Machtquelle, aus welcher der Staat selbst alle seine Gewalt ableitet und die dem Staate ebensowohl beschränkte Gewalt verleihen kann, als sie ihm überhaupt Gewalt verleiht. Wenn dem so ist, übt die Gemeinde nicht fremde, abgeleitete Gewalt aus, sondern eigene und eben so ursprüngliche wie der Staat. Als durchgreifendes Unterscheidungsmerkmal kann also diese Distinktion nicht dienen.

Es ist deshalb auch unbegründet, wenn *Laband* erklärt, der Gemeinde stehe kein Herrschaftsrecht zu, das Recht nämlich, freie Menschen zum Gehorsam zu zwingen. «Weder die Gemeinde noch irgend ein gemeindeähnlicher Verband hat dieses Recht als ein eigenes, auf sich selbst beruhendes, nach freiem Willen auszuübendes. Eine Gemeinde mag befugt sein, Polizeiverordnungen, Steuerverordnungen u. s. w. zu erlassen, *Erzwingbarkeit* erhalten dieselben *nur* durch das Gebot des Staates.» Sicher ist, dass Gemeinden solche Herrschaftsgewalt tatsächlich ausüben, solche Gebote erlassen und deren Befolgung von den Untergebenen von sich aus erzwingen. Die Frage, ob sie dieses Recht als eigenes ausüben oder als ein von der Staatsgewalt abgeleitetes, beantwortet sich meines Erachtens danach, ob sie es kraft Verfassung oder kraft Gesetz ausüben; letzteren Falles geht ihre Zwangsgewalt allerdings in letzter Instanz auf das Gesetz zurück und ist durch den Willen des Staates bedingt, im erstern Falle aber nicht.

Der Unterschied zwischen Staat und Gemeinde liegt vielmehr darin, dass die Gemeinde die ihr durch Verfassung oder Gesetz verliehene Gewalt nicht frei ausübt, sondern unter der Aufsicht des Staates und ihm dafür verantwortlich ist[2]). Der Staat hat Mittel, sie zur rechtmässigen Ausübung ihrer Gewalt anzuhalten, wenn er ihr auch ihre Gewalt nicht nehmen kann, solange sie sie rechtmässig ausübt. Die Gemeinde ist jemand für den rechtmässigen Gebrauch ihrer Kompetenzen verantwortlich, der Staat ist niemand verantwortlich. Nicht darin liegt schon ein Zeichen der Herabsetzung eines Gemeinwesens zur

---

1) I, S. 64.
2) *Rosin,* Das Recht der öffentlichen Genossenschaft, Freiburg 1886, S. 16 ff.

Gemeinde, dass eine Instanz da ist, welche kontrolliert, dass es die Grenzen seiner Kompetenz innehält, denn eine solche Kontrolle kann gegenseitig sein und bedingt nicht die Unterordnung des kontrollierten Gemeinwesens, wie *Rosin* richtig bemerkt hat (Hirths Annalen 1883, S. 271); darin aber liegt die mit der Eigenschaft eines Staates unvereinbare Unterordnung, dass das Gemeinwesen in dem positiven Gebrauch, den es von seiner Gewalt innerhalb der Grenzen seiner Kompetenzen macht, kontrolliert und korrigiert wird. Der Staat ist nur sich selbst verantwortlich, er ist fähig, sich selber zu leiten, und in diesem Sinne selbstgenügsam. Die Gemeinde genügt sich allein nicht; auf allen Gebieten ihrer Tätigkeit ist dem Staat die Möglichkeit gewahrt, durch irgend ein Mittel einzugreifen und Missbräuchen zu steuern. Wäre die Gemeinde auf irgend einem Gebiete selbstherrlich, wäre dem Staate nur gestattet, gegen Überschreitung ihrer Kompetenzen einzuschreiten, nicht aber sie in der Art und Weise, wie sie ihre Kompetenzen innerhalb dieser Grenzen ausübt, zu kontrollieren, so wäre die Gemeinde in Wirklichkeit ein Staat, ihre Angehörigen wären in dem fraglichen Gebiete ihrer Verwaltung nur auf sie, auf ihre intellektuelle und ethische Tüchtigkeit angewiesen, sie wäre wie ein Staat zu ihren Handlungen allein kompetent und dafür allein verantwortlich.

Daraus erklärt sich auch, warum nur ein Staat völkerrechtliche Persönlichkeit haben kann: ein Gemeinwesen, das über die Ausübung seiner wie immer gearteten Kompetenzen nicht eigener Herr und höchster Richter ist, kann sich nicht andern Gemeinwesen gegenüber verpflichten, da es nicht von ihm allein abhängt, die eingegangenen Verpflichtungen zu erfüllen. Umgekehrt ist jedes nur sich selbst verantwortliche Gemeinwesen auch völkerrechtliche Person; es ist fähig, völkerrechtliche Rechte zu haben und Pflichten einzugehen, soweit es eben unverantwortlich, d. h. Staat ist. Eine andere Frage ist, ob es diese seine Rechte und Pflichten im völkerrechtlichen Verkehr auch selber, d. h. durch seine eigenen Organe ausüben kann oder ob es auf die Vermittlung eines andern Staatswesens angewiesen ist, wie dies z. B. für die Gliedstaaten der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Vereinigten Staaten von Nordamerika der Fall ist. Das ändert aber nichts an ihrer Eigenschaft als Personen des Völkerrechts; es schliesst nur ihre völkerrechtliche Souveränität aus.

Wir kommen somit zum Resultat, dass jedes sich auf irgend einem Gebiet seiner Tätigkeit selbst bestimmende und niemand

verantwortliche Gemeinwesen ein Staat ist; diese höchste Entscheidungsgewalt heissen wir innere Souveränität oder Souveränität i. S. des Staatsrechts; jedes solche Gemeinwesen besitzt auch die völkerrechtliche Persönlichkeit, nicht notwendig aber die äussere Souveränität oder Souveränität i. S. des Völkerrechts.

Aus dem Gesagten ergibt sich die Möglichkeit eines zusammengesetzten Staates und speziell des Bundesstaates. Der Bundesstaat ist ein Staatsgebilde, in dem die Staatsgewalt ihrem Inhalt (nicht ihrer Autorität) nach geteilt ist zwischen einem Zentralstaat, der das gesamte Staatsgebiet und die gesamte Bevölkerung umfasst, und mehreren Einzelstaaten, die in räumlicher und persönlicher Beziehung nur einen Teil des Gesamtgebietes und der Gesamtbevölkerung umfassen. Ein solches Gebilde ist logisch möglich, weil die inhaltliche Teilung der Staatskompetenzen nicht eine grundsätzliche Unterordnung des Inhabers des einen Teiles dieser Kompetenzen unter den Inhaber des andern voraussetzt, und weil mit der obersten Befugnis in einem bestimmten, wenn auch beschränkten Rahmen, über Land und Leute zu befehlen, der Begriff des Staates gegeben ist.

Ob zum Begriff des Bundesstaates noch eine bestimmte *Organisation der Bundesgewalt* gehöre, mag dahingestellt bleiben; man wird, entsprechend dem jetzt allein vertretenen Typus des Bundesstaates (abgesehen etwa von der bevorzugten Stellung Preussens im Deutschen Reich) unter Bundesstaat vorzüglich denjenigen zusammengesetzten Staat verstehen, in welchem die Gliedstaaten alle den gleichen Anteil oder alle gar keinen Anteil haben an der Bundesgewalt: eine andere Verteilung der Staatsgewalt wäre aber auch denkbar. Eines ist aber zu betonen, dass im Bundesstaate den Gliedstaaten nicht notwendig ein Anteil an der Bundesgewalt zustehen muss [1]). Es trifft dies im Deutschen Reiche zu, nicht aber in den Vereinigten Staaten von Nordamerika [2]), und nur in sehr beschränktem Masse in der Schweiz. Im Deutschen Reich ist der Bundesrat aus Vertretern der verbündeten Staaten zusammengesetzt. Die verbündeten Staaten als solche kommen darin zum Wort, und diese Staaten haben als Bundesrat den vom Reichstag beschlossenen Gesetzen zuzustimmen. In Nordamerika existiert kein Bundesorgan, welches die Staaten als solche repräsentierte und ihren Willen ausdrückte. Der Senat ist allerdings derart zusammengesetzt, und seine Mitglieder werden derart gewählt, dass er tatsächlich als Vertreter

---

1) So *Laband*, I, S. 56.

2) *Westerkamp*, Staatenbund und Bundesstaat, S. 270, Note 1 und S. 485.

der Einzelstaaten gelten kann. Das ist aber politisch und nicht juristisch gesprochen: juristisch werden die Mitglieder allerdings in den Staaten nach einem Unionsgesetze vom 25. Juli 1866 durch die Legislaturen gewählt. Aber Vertreter des Staates, in dem sie gewählt worden sind, sind sie deshalb keineswegs; sie sind an keine Instruktion der Legislatur ihres Staates gebunden (U.-Verf., Art. I, Sekt. 3, 1)[1]; sie sind ihrem Staate rechtlich zu nichts verpflichtet, und es besteht keine bundesrechtliche Vorschrift, welche sie verpflichtete, die Interessen ihres Staates besonders wahrzunehmen. Sie sind sowohl als einzelne wie als Gesamtheit von den Gliedstaaten gleich unabhängig, wie die vom Volk gewählten Richter oder Geschworenen von ihren Wählern und ihren Wahlbezirken unabhängig sind. Das Gleiche ist vom Präsidenten (und Vizepräsidenten) der Vereinigten Staaten zu sagen: wenn er gleich durch Wahlmänner gewählt wird, die ihrerseits in den Gliedstaaten nach einem von diesen zu bestimmenden Verfahren gewählt werden, so stellt diese Hülfsfunktion der Staaten doch keinerlei rechtliches Band her zwischen ihnen und dem gewählten Präsidenten: ist er einmal gewählt, so hat er keine rechtliche Verpflichtung gegenüber den Einzelstaaten: durch ihn ist also ebensowenig als durch den Senat den Gliedstaaten ein Anteil an der Bundesgewalt eingeräumt.

Dass die Staaten bei der Änderung der Unionsverfassung mitzuwirken haben, dass zwei Drittel der Staaten die Initiative zu einer Verfassungsrevision ergreifen können, und dass zur Abänderung einer Verfassungsbestimmung die Zustimmung von drei Viertel der Staaten erforderlich ist, ändert an der Auffassung von der rechtlichen Natur jenes Bundesstaates, wie er auf Grund der jetzigen Verfassung besteht, nichts[2]).

In der Schweiz verhält sich die Sache bezüglich des Ständerates gleich, aus dem entscheidenden Grunde, weil die Mitglieder des Ständerates, so wenig wie diejenigen des Nationalrates, an Instruktionen gebunden sind (Art. 91 B.-V.); der Umstand, dass die Mitglieder des Ständerates nach Kantonen gewählt werden, und dass die Kantone über Stimmrecht, Wählbarkeit und Wahlverfahren innerhalb gewisser Grenzen (vgl. Art. 74, 43 und Art. 4 B.-V.) zu bestimmen haben, und dass sie die Ständeräte entschädigen, ist rechtlich ohne Bedeutung. Eine gewisse, wenn auch untergeordnete Beteiligung kommt den Kantonen als solchen an der Ausübung der Bundesgewalt insofern zu, als fünf Kan-

---

1) Vgl. *Westerkamp,* Staatenbund und Bundesstaat, S. 226.

2) Vgl. oben S. 6.

tone die Einberufung der Räte verlangen können, als jedem Kanton das Vorschlagsrecht zusteht (Art. 93, Abs. 2, B.-V.), und als acht Kantone das Referendum verlangen können (Art. 89, Abs. 2, B.-V.). Hierin liegt eine wirkliche, wenn auch untergeordnete Mitwirkung der Kantone als solcher bei der Ausübung der Bundesgewalt. Eine Wesensveränderung würde aber die Schweizerische Eidgenossenschaft in ihren rechtlichen Grundlagen nicht erleiden, wenn diese Mitwirkungsrechte der Kantone aufgehoben würden. Aus dem schon angeführten Grunde kommt auch hier für die Charakteristik des bestehenden Staates das zur Verfassungsrevision vorgeschriebene Verfahren und der Umstand, dass die Kantone dabei mitstimmen können, nicht in Betracht.

3. Dass der Bundesstaat eine mögliche juristische Vorstellung ist, wurde eben darzutun versucht; es erübrigt noch, den Bundesstaat im Gegensatz zu andern Formen zusammengesetzter Staaten, namentlich des Staatenbundes, zu charakterisieren. Der Unterschied liegt darin, dass der Bundesstaat auf einer Verfassung, der Staatenbund auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht; das ist das einzige, aber grundlegende Unterscheidungsmerkmal[1]). Es ist der formal-juristischen Seite die Frage entnommen, und gibt eben deshalb den wesentlichen juristischen Unterschied zwischen beiden Gebilden wieder. Alle dem Inhalt der Bundesakte entnommenen Merkmale sind unzulänglich. Es ist z. B. ganz richtig, dass im Bundesstaat die Zentralgewalt ein unmittelbares Herrschaftsrecht über die Landeseinwohner hat, weil er selber ein Staat ist; aber es ist nicht absolut ausgeschlossen, dass die Mitglieder eines Staatenbundes der Zentralgewalt kraft Delegation eine gleiche Befugnis über ihre eigenen Landesbewohner einräumen, wie dies z. B. im deutschen Zollverein für das Zollparlament und den Bundesrat der Fall war, und noch für die europäische Donaukommission in den Uferstaaten der Donau der Fall ist. Warum sollten die verbündeten Staaten sich nicht gegenseitig zur Anerkennung einer solchen auf gemeinsamer Delegation beruhenden Gewalt verstehen können? Der Annahme steht an sich kein logisches Bedenken entgegen, und eine solche delegierte Gewalt würde sich von einer direkt auf der Verfassung beruhenden in der Ausübung durch nichts unterscheiden. Die Frage ist eben nur, ob die rechtliche Grundlage im gegebenen Fall eine Verfassung oder eine vertragliche Delegation ist.

---

1) Vgl. *Snell*, Handbuch des Schweizerischen Staatsrechts, Bd. I, S. XXI—XXII.

Dasselbe ist zu sagen vom Gesetzgebungsrecht: die Zentralgewalt im Bundesstaat hat natürlicher- und notwendigerweise in ihrem Gebiet das Gesetzgebungsrecht; aber es ist nicht ausgeschlossen, dass auch im Staatenbunde die Einzelstaaten der von ihnen eingesetzten gemeinsamen Behörde delegationsweise die Gesetzgebungsbefugnis in gewissen Angelegenheiten einräumen, und solche in Wirklichkeit aus der Machtvollkommenheit der Einzelstaaten entsprungenen Gesetze sind äusserlich nicht zu unterscheiden von Gesetzen einer wirklichen zentralen Staatsgewalt. Es ist *Seydel* in seiner Abhandlung von den Staatenverbindungen nicht schwer gefallen, zu zeigen, dass sich die Gesetzgebungsbefugnis der Zentralbehörde mit der staatenbündischen Natur des gesamten Gemeinwesens sehr wohl verträgt. In den Vereinigten Staaten, sagt er, haben die Gliedstaaten den Bundesbehörden, wie es die Verfassung selber sagt (Art. I, Sekt. 1), in gewissen Grenzen die Gesetzgebungsgewalt «übertragen». Die schweizerischen Kantone haben sich zur gemeinsamen Ausübung einzelner Hoheitsrechte durch Bundesorgane «vereinigt» (Art. 1); Bundesgesetzgebung und Bundesgerichtsbarkeit seien von den Gliedstaaten auf die Bundesgewalt übertragene Befugnisse; die von der Verfassung gebrauchte Terminologie sei (hier!) unverbindlich und unmassgebend. Das lässt sich alles ohne Schwierigkeit so konstruieren. Auch das Bundesbürgerrecht muss sich dieser Konstruktion fügen; es sei im Grunde nur ein *mittelbares* Verhältnis der Staatsangehörigen zu ihrem eigenen Staate. «Das Bundesindigenat ist nichts anderes, als ein Bestandteil des Landesindigenats [1].»

Ich betone, dass diese Konstruktion durchaus logisch und zulässig, ja geboten ist, wenn der Bund auf einem Vertrag beruht, und dass dies alles wohl möglich ist. Die Staaten können sich durch Vertrag alle möglichen Beschränkungen in der Ausübung ihrer Staatsgewalt auferlegen zu gunsten der Gesamtheit von ihnen und in Erweiterung der Kompetenzen der Bundesorgane; wenn sie es aber durch blossen Vertrag tun, so bleiben sie souverän und alle die Gewalt, die von den Bundesorganen ausgeübt wird, ist nur eine delegierte, übertragene, fremde. Dadurch erhält, je nachdem man den Bund auf einen Vertrag oder auf eine Verfassung zurückführt, das staatliche Gebilde eine ganz andere Gestalt. Dass auch bei den weitgehendsten Befugnissen der Zentralgewalt die Konstruktion eines Staatenbundes und die Zurückführung der Bundeskompetenzen auf

[1] ***Seydel***, Staatsrechtliche und politische Abhandlungen, S. 61.

einen Vertrag an sich möglich ist, zeigt die Theorie *Calhouns* über die Vereinigten Staaten. Wenn die Unionsartikel wirklich ein Vertrag waren, so war jene ganze Auffassung richtig und streng konsequent, wie es auch die *Seydels* ist. Die Frage ist aber eben, ob dieser logische Ausgangspunkt richtig war. Wie soll das schliesslich entschieden werden, wenn alles andere sowohl bei vertraglicher als bei Verfassungsgrundlage des Bundes denkbar ist? *Jellinek*[1]) sagt mit Recht, die einzige praktische Konsequenz zwischen Bundesstaat und Staatenbund zeige sich in demjenigen, worauf *Calhoun* eben hinaus wollte mit seiner Beweisführung, im Sezessionsrecht. Ist der Bund auf Vertrag gegründet, so kann bei einer Verletzung der Vertragspflichten der verletzte Staat aus dem Verbande austreten, denn nach völkerrechtlichem Grundsatz ist ein zweiseitiger Vertrag nur so lange für den einen Teil verbindlich, als der andere ihn hält. Darüber aber, ob der Bundesvertrag gehalten worden sei oder nicht, muss in letzter Instanz jeder einzelne Staat selbst entscheiden; denn wenn auch Bundesorgane zur Schlichtung solcher Konflikte vorgesehen sind, so richtet sich ihre Kompetenz doch wieder nach Bundesrecht. Darin also manifestiert sich praktisch die theoretische Unterscheidung zwischen beiden Staatsformen, dass im Bundesstaat jedenfalls bei Verletzung des Bundesvertrages den einzelnen Staaten das Austrittsrecht zusteht, und sodann noch unausweichlicher darin, dass, wenn alle Staaten darin übereinstimmen, sie den Bund auflösen können. Das ist die wichtige, aber auch einzige praktische Folge der rechtlichen Natur des Staatenbundes im Gegensatz zum Bundesstaat. Den Gliedern des Bundesstaates steht dieses Recht nicht zu; der Bundesstaat besteht nicht kraft ihres Willens, sondern kraft der über ihnen stehenden Bundesverfassung, die durch communis consensus so wenig aufgehoben werden kann, als sie auf diesem Wege zustande gekommen ist.

An dieser handgreiflichen und einschneidenden Konsequenz entscheidet sich schliesslich auch am sichersten, wenn es bestritten ist, ob ein gegebener Staat ein Bundesstaat oder ein Staatenbund ist. Streng genommen ist ja die Natur des die Staaten zusammenhaltenden Rechtsbandes das logische prius, und das Sezessions-, bezw. Auflösungsrecht nur die Konsequenz davon; das lebendige Rechtsgefühl wird sich aber darüber klarer sein, ob in einem gegebenen Falle die Gliedstaaten jenes Recht haben oder nicht, und es wird leichter sein, den Willen der

[1]) Lehre von den Staatenverbindungen, S. 196.

Urheber der Bundesurkunde darüber zu ergründen. Jenes Recht ist also gewissermassen das Symptom, an dem das Vorhandensein eines Staatenbundes erkannt wird [1]).

III. Die verfassungsmässig garantierten Individualrechte.

Die schweizerische Bundesverfassung verbürgt eine Anzahl sogenannter Freiheitsrechte oder Individualrechte, die zum Teil alte Überlieferung sind, zum Teil neuere Schöpfungen — Erzeugnisse der gleichen Grundanschauungen, welche die französische Erklärung der Menschenrechte hervorbrachte. Sie werden in der Schweiz nach durchaus herrschender Ansicht in Theorie, soweit solche besteht, und Praxis als subjektive Rechte des Einzelnen bezeichnet und behandelt; die Zweifel deutscher Staatsrechtslehrer über die theoretische Richtigkeit einer solchen Anschauung haben bei uns wenig Boden gefunden, sei es, weil die Verfassung selbst (im Gegensatz zu derjenigen des Deutschen Reichs) solche Rechte vorsieht und sie ausdrücklich als Rechte des Einzelnen bezeichnet; sei es, weil unsere Schriftsteller und Gerichte das Problem nicht tief genug erfassten, oder ein tieferes Eindringen angesichts der positiven Verfassungsbestimmungen für überflüssig hielten [2]). Wenn es aber dieser letztere Umstand natürlich erscheinen lässt, dass in der Schweiz die Lehrmeinung den öffentlichen subjektiven Rechten günstig ist, während das Umgekehrte in Deutschland der Fall ist, so ist doch die Sache damit nicht abgetan; die theoretische Frage besteht auch bei uns, und sie kann nicht anders beantwortet werden in einem Lande als im andern, sei nun das positive Recht so oder anders, denn sie hängt mit den Lehren über das subjektive Recht, über die Natur der Staatsgewalt, also mit Grundanschauungen zusammen, die von der positiven Ausgestaltung einer konkreten Rechtsordnung unabhängig sind. Anderseits hat die theoretische Anschauung über Sein oder Nichtsein subjektiver öffentlicher Rechte so viel wie keinen Einfluss auf die praktische Anwendung der darauf bezüglichen Rechtssätze; man kann mit beiden theoretischen Ansichten zum gleichen praktischen Resultate kommen. Es ist zunächst die Frage der subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt zu besprechen und sodann der weitere Umstand in Betracht zu ziehen, dass solche Rechte verfassungsmässig garantiert sind.

---

1) Vgl. übereinstimmend *Zachariæ*, bei *Brie*, der Bundesstaat, S. 36, Note 10.

2) Auch die neueste Bearbeitung des schweizerischen Bundesstaatsrechts von *Schollenberger:* Das Bundesstaatsrecht der Schweiz, Berlin 1902, S. 204—205, nimmt die Existenz der Freiheitsrechte ohne weiteres an.

1. Die subjektiven öffentlichen Rechte überhaupt.

Die subjektiven öffentlichen Rechte sind angeblich Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staate, im Gegensatz zu den subjektiven Rechten des Privatrechts, welche einer Privatperson gegenüber einer andern Privatperson zustehen. Gegenstand dieser subjektiven Rechte soll, nach der von *Jellinek* (System der subjektiven öffentlichen Rechte, Freiburg i. B., 1892) eingeführten Einteilung, sein: 1) die Freiheit von staatlicher Einwirkung auf gewissen Gebieten, also die Einhaltung gewisser Schranken durch den Staat zu gunsten der freien Bewegung des Individuums; 2) Anteil am staatlichen Schutz und an der staatlichen Fürsorge für die Gesellschaft und an den Wohlfahrtseinrichtungen; 3) Teilnahme an der Ausübung des staatlichen Willens.

Dass die Einzelnen, nach dem positiven Rechte jedes Staates, ein gewisses Mass von persönlicher Freiheit haben sollen, dass ihnen ohne Widerrechtlichkeit ein bestimmter Anteil am staatlichen Schutze und an den staatlichen Wohlfahrtseinrichtungen nicht versagt werden kann, und dass sie beim Zustandekommen des staatlichen Willens oder seiner Organe irgendwie mitzuwirken haben, ist unbestritten; es ist so Rechtens. Bestritten ist aber, ob die Einzelnen darauf ein subjektives Recht haben, oder ob sie nur die Benefiziare objektiver Rechtsvorschriften sind, die ihnen, gewissermassen über ihre Köpfe hinweg, gewisse Vorteile gewähren, ohne ihnen aber ein Recht auf diese Vorteile einräumen und dem Staate die entsprechende Pflicht auferlegen zu wollen, m. a. W., ob die erwähnten Vorteile nur «Reflexwirkungen» des objektiven Rechts sind oder Gegenstand wirklicher subjektiver Rechte. Unleugbar besteht in der Rechtsordnung, wenigstens dem Anscheine nach, ein gewisser Gegensatz in dieser Beziehung; es gibt Pflichten und Obliegenheiten des Staates, denen niemand ein subjektives Recht des Einzelnen gegenüberstellen wird, wenn sie auch im Interesse des Einzelnen aufgestellt sind; z. B. die Fahndungstätigkeit der Kriminalpolizei, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in den Strassen, oder die gewissenhafte Handhabung der Gewerbepolizei oder der gesundheits- und baupolizeilichen Vorschriften. Etwas anderes scheint aber doch die Rechtsordnung zu wollen, wenn sie dem so und so qualifizierten Bürger das Stimmrecht gibt; wenn sie die Unverletzlichkeit des Briefgeheimnisses oder des Domizils garantiert, wenn sie die Bedingungen festsetzt, unter denen ein Staatsangehöriger den gerichtlichen Schutz ansprechen

kann, unter denen er in eine öffentliche Schule aufgenommen oder zu einem Examen zugelassen werden soll; wenn sie bestimmt, dass er so und so viel und nicht mehr Steuern zu entrichten habe. Die Frage ist mindestens begreiflich, ob hier nicht etwas anderes als blosse Reflexwirkungen objektiver Rechtssätze vorliegt.

Vorerst ist zu bemerken, dass, wenn den einzelnen der Genuss gewisser Vorteile durch eine *gesetzliche* Bestimmung zugedacht wird, diese einzelnen jedenfalls kein subjektives Recht gegenüber dem Staate schlechthin beanspruchen können, nämlich sowohl dem gesetzgebenden als dem verwaltenden Staat gegenüber: denn wie das Gesetz ihnen diese günstige Stellung verschaffte, so kann es sie ihnen wieder nehmen; eine Schranke legt sich der Gesetzgeber nicht auf, indem er den Staatsangehörigen gewisse Vorteile zusichert. Es kann sich nur darum handeln, ob auf dem Boden dieses Gesetzes der dadurch Begünstigte gegenüber den durch das Gesetz gebundenen Organen des Staates ein subjektives Recht auf Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen hat. Die mehr scheinbare als wirkliche Schwierigkeit, die bei dieser, wie mir scheint sicher richtigen Annahme dadurch entsteht, dass die Persönlichkeit des Staates gewissermassen geteilt werden muss, so dass derselbe Staat in seiner Funktion als Gesetzgeber ungebunden, in seiner verwaltenden Funktion aber als gebunden erscheint gegenüber einem andern Rechtssubjekt, kann hier nicht erörtert werden.

Bevor auf die Diskussion über die subjektiven öffentlichen Rechte eingegangen wird, ist noch ein Punkt klar zu stellen: das Verhältnis von rechtlicher Fähigkeit und subjektivem Rechte.

Man kann, mit *Jellinek* (System, S. 40 ff.), die rechtliche Fähigkeit wohl ein rechtliches Können heissen; aber wenn *Jellinek* das rechtliche Können dem rechtlichen «Dürfen» gegenüberstellt, so ist damit das Verhältnis von subjektivem *Recht* zu subjektiver rechtlicher Fähigkeit nicht verdeutlicht, sondern verdunkelt, und vollends unrichtig ist es, wenn *Jellinek* (S. 46) behauptet, dem Staate gegenüber gebe es nur ein Können, nicht ein Dürfen; oder m. a. W. es gebe dem Staate gegenüber nur subjektive rechtliche Fähigkeiten, worin m. E. enthalten ist, dass es keine subjektiven Rechte gebe[1]. Die rechtliche Fähigkeit ist eine der Bedingungen, unter denen subjektive

[1]) Dies erklärt auch *O. Mayer,* Deutsches Verwaltungsrecht I, S. 106—107, ausdrücklich, gegenüber *Jellinek.*

Rechte in einer Person entstehen können; mit der rechtlichen Fähigkeit ist an sich noch gar kein Rechtsverhältnis gegeben; der rechtlich Befähigte hat als solcher kein Recht und keine Pflicht. Ein subjektives Recht aber ist ein bereits geltendes Rechtsverhältnis zwischen zwei Rechtssubjekten, setzt das Bestehen einer Pflicht einer-, eines Rechtes anderseits voraus. Rechtsfähigkeiten gibt es im öffentlichen wie im Privatrecht, und wenn es dort auch subjektive Rechte gibt, so muss der logische Gegensatz derselbe sein [1]). Die Handlungsfähigkeit z. B. erzeugt auf dem Gebiete des Privatrechts, welchem der Begriff vornehmlich angehört, für den Handlungsfähigen noch keine Rechte oder Pflichten; sie ist nur eine notwendige Bedingung zur Begründung solcher durch Rechtsgeschäft; der Abschluss eines Rechtsgeschäfts muss aber noch hinzukommen, damit für den Handlungsfähigen Rechte oder Pflichten entstehen. Die zivilrechtliche Handlungsfähigkeit kann aber dem Staate gegenüber zum Gegenstand eines subjektiven öffentlichen Rechts werden (in dem später zu bestimmenden Sinne), nämlich wenn die Anerkennung dieser privatrechtlichen Fähigkeit gewissen staatlichen Behörden zur Pflicht gemacht wird, derart, dass die Entziehung der Handlungsfähigkeit z. B. durch ungerechtfertigte Bevormundung als Verletzung eines subjektiven öffentlichen Rechts des Bevormundeten erscheint. Desgleichen sind die sogenannten Freiheitsrechte keine blossen subjektiven Rechtsfähigkeiten, sondern, wenn sie überhaupt einer Privatperson als ihrem Subjekt zugeschrieben werden können, subjektive Rechte; denn mit ihnen ist ohne weiteres die Pflicht des Staates gegeben, sich gewisser obrigkeitlicher Eingriffe in die Freiheit des individuellen Gebarens zu enthalten, und nicht bloss eine Bedingung für die spätere Entstehung solcher Pflichten. Will man eine Pflicht des Staates auf ein non facere nicht zugeben, so hat auch das angebliche Können des ihm gegenüberstehenden Individuums keinen fassbaren rechtlichen Sinn mehr; es handelt sich gegebenenfalls nur darum, ob der einzelne z. B. eine Kultushandlung vornehmen, ein Gewerbe betreiben, eine Zeitung herausgeben darf oder nicht, oder umgekehrt, ob der Staat die Pflicht hat, ihn gewähren zu lassen oder nicht, und da hat es keinen Sinn, zu sagen, er habe die rechtliche Fähigkeit, solches zu tun, aber der Staat habe nicht die Pflicht, ihn gewähren zu lassen; ist der Staat aber dazu

---

1) Im gleichen Sinn bemerkt *Layer,* Prinzipien des Enteignungsrechtes 1902, S. 345, gegenüber *Jellinek:* das „Können" und das „Dürfen" finden sich sowohl im Privatrecht als im öffentlichen Recht.

verpflichtet, so hat das Individuum entweder auch ein Recht auf dieses Verhalten des Staates, oder es besteht zu seinen Gunsten eine blosse Reflexwirkung. Dass ein Freiheitsrecht lange Zeit nicht angerufen werden kann, ja vielleicht nie angerufen wird, weil es zwischen dem Individualberechtigten und dem Staate nicht zum Konflikt kommt, hat es mit jedem Recht auf ein non facere gemein, z. B. mit dem Eigentum, das auch erst geltend gemacht wird, wenn jemand es durch positives widerrechtliches Handeln verletzt. Es ist nicht einzusehen, warum nicht auch solchen Personen ein wirkliches Freiheitsrecht zustehen sollte, die davon voraussichtlich nie Gebrauch machen werden; warum nicht ein Rentier das Recht auf Gewerbefreiheit, ein Analphabet das Recht auf Pressfreiheit haben sollten; es kann jemand ein Recht haben, das er tatsächlich auszuüben verhindert ist. Die Freiheitsrechte sind also nicht blosse rechtliche Fähigkeiten, sondern, vorbehältlich weiterer Untersuchung, Rechte, die wie alle andern erst im Falle der Verletzung ihre Wirksamkeit äussern.

Gegen die Annahme wirklicher Freiheitsrechte im subjektiven Sinne ist nun vorgebracht worden, ihr Gegenstand sei zu unbestimmt, beziehungsweise sie haben gar keinen Gegenstand [1]). Die Gewerbefreiheit müsste in dem Rechte bestehen, keiner Konzession zu bedürfen, die Passfreiheit im Rechte, ohne Pass zu reisen etc. Man müsste schliesslich auch ein Freiheitsrecht darauf annehmen, einen Wechsel zu trassieren, ja sogar ein Recht, zu gehen, zu schlafen, zu denken und zu glauben. Dies alles seien nur Betätigungen der natürlichen Freiheit, die deswegen nicht zu Rechten werden, weil sie die Rechtsordnung nicht verbiete. Der Einwand scheint mir unberechtigt und die Argumentation oberflächlich. Was zunächst den Gegenstand solcher Freiheitsrechte betrifft, so ist er bestimmt genug, in vielen Fällen ebenso bestimmt, als derjenige privatrechtlicher Ansprüche. Wenn der Gewerbsmann das Recht beansprucht, unter bestimmten persönlichen und sachlichen Bedingungen sein Gewerbe zu betreiben, so beansprucht er damit gegenüber den Gewerbepolizeibehörden etwas ganz Bestimmtes, wenn auch etwas Negatives, nämlich das Unterlassen aller amtlichen Tätigkeit, die ihn in der Ausübung seines Gewerbes stören könnte; es ist dies gerade ebenso bestimmt, als wenn derselbe Gewerbetreibende kraft seines Grundeigentums von der andern Privatperson beansprucht, dass sie sich jeder störenden Einwirkung

1) So *Laband* I, S. 138.

enthalte. Die gleiche Parallele könnte bezüglich des Rechts auf Unverletzlichkeit des Domizils gezogen werden. Und wenn der Gegenstand der sogenannten Freiheitsrechte zu unbestimmt sein sollte, so wäre das gleiche jedenfalls nicht bezüglich aller angeblichen subjektiven öffentlichen Rechte zu sagen, bezüglich des Rechtes, nur eine bestimmte Summe von Steuern zu zahlen, bezüglich des Anspruchs auf Benutzung öffentlicher Anstalten etc. etc.

Wenn sodann die Annahme sogenannter Freiheitsrechte dadurch ad absurdum geführt werden will, dass man ihnen als Gegenstände alle möglichen, auch die allergewöhnlichsten und notwendigsten Lebensäusserungen unterschiebt, so ist hiegegen folgendes zu bemerken: Jedes Verhalten der Menschen kann als Gegenstand eines Rechts gedacht werden, sofern es denkbar ist, dass jemand ein Recht auf gegenteiliges Verhalten beanspruchen oder jenen andern an seinem Verhalten tatsächlich hindern könnte. Ist die Möglichkeit nicht gegeben oder kommt sie vernünftigerweise nicht in Betracht, so kann auch vernünftigerweise von einem Recht auf jenes Verhalten nicht gesprochen werden. Eine Handlung, die niemand beanstanden wird, noch vernünftigerweise beanstanden kann, erscheint nicht als Inhalt eines Rechtes; man wird sie weder als erlaubt noch als unerlaubt, sondern als rechtlich irrelevant bezeichnen, wenn man nicht alles, was nicht verboten ist, als erlaubt bezeichnen will. Sobald aber die Möglichkeit einer Bestreitung der Befugnis, eine Handlung vorzunehmen, oder eine tatsächliche Verhinderung an der Vornahme denkbar ist, kann auch von einem Recht, diese Handlung vorzunehmen, gesprochen werden. Das Gehen überhaupt, z. B., wird in dieser Allgemeinheit von niemand verboten werden wollen; darum hat es keinen Sinn, von einem Recht, zu gehen, zu sprechen, von einem privatrechtlichen übrigens ebensowenig wie von einem öffentlichrechtlichen. Unter Umständen kann aber auch das Gehen widerrechtlich oder rechtserheblich sein, nämlich das Gehen an bestimmten Orten, z. B. auf fremdem Eigentum, oder auf gesperrten öffentlichen Strassen, oder seitens eines versicherten Arbeiters, dem der Arzt die Ruhe verordnet hat. In allen diesen und vielen andern besondern Umständen ist das Gehen ein rechtserhebliches Verhalten, und es kann vernünftigerweise von einem Recht, zu gehen, gesprochen werden, sei es nun gegenüber dem Staat, sei es gegenüber andern Privatpersonen. Inhalt der Freiheitsrechte sind aber Handlungen, die es gerade dem Staate gegenüber guten Sinn hat, als rechtmässige zu erklären, weil sie vom Staat sehr wohl verboten werden

könnten und auch schon verboten worden sind[1]). So die Kultus- und Glaubensfreiheit, die Gewerbefreiheit, die Pressfreiheit etc. etc. Richtig aber ist, dass die Benennungen zu weit sind, indem sie z. B. jede Betätigung des Glaubens als Gegenstand eines Rechts hinzustellen scheinen, während es sich vernünftigerweise nur um diejenigen Betätigungen handeln kann, die einer Einschränkung seitens des Staates unterliegen können oder ausgesetzt sind[2]). Das ist aber auch der selbstverständliche Sinn solcher unvollkommener Formeln. Sodann ist es willkürlich, bestimmte eigenartige Handlungen als Inhalt *besonderer* Rechte, und diese somit als beliebig vermehrbar hinzustellen. Jedes subjektive Recht, welches zum Inhalt eine bestimmte Tätigkeit oder einen bestimmten Besitzstand hat, kann in eine unendliche Menge von engeren Rechten zergliedert werden, darauf gehend, dass dies oder jenes nicht getan werde, was jene Tätigkeit oder jenen Besitzstand beeinträchtigte: in erster Linie das Eigentum, das ja dem Eigentümer die rechtlich garantierte Möglichkeit gewährt, auf seinem Grund und Boden alle Arten Häuser zu bauen oder Gemüsearten zu pflanzen, denn alles das sind berechtigte Betätigungen seines Eigentumsrechts, und in allen diesen Betätigungen ist er gegen Störungen geschützt. Und trotzdem fällt es niemand ein, von einem Recht des Eigentümers zu sprechen, gelbe Rüben zu pflanzen. Das gleiche gilt gegenüber dem Staate: wenn in einem Staate die Gewerbefreiheit gewährleistet ist, so ist jedermann die rechtliche Möglichkeit gegeben, ausgestopfte Vögel zu verkaufen, oder wenn die allgemeine Handlungsfähigkeit garantiert ist, so hat jeder Handlungsfähige in der Regel auch die Fähigkeit, und denjenigen staatlichen Organen gegenüber, die ihm solches bestreiten wollten, das Recht, Wechsel zu trassieren. Dennoch aber wird niemand sagen, der Staatsangehörige habe gegenüber dem allmächtigen Staate das Freiheitsrecht, ausgestopfte Vögel zu verkaufen oder Wechsel zu trassieren; es ist nichts Unrichtiges und nichts Unvernünftiges darin, sofern sich nur vernünftigerweise die Möglichkeit denken lässt, dass der Staat solche spezielle Anwendungen der allgemeinen Befugnis verbieten oder verhindern könnte.

Somit sind die «Freiheitsrechte» ihrem Objekte nach wohl geeignet, subjektive Rechte zu sein. Durch was lassen sich aber die Freitsrechte und die subjektiven öffentlichen Rechte über-

---

1) Vgl. *Stærk*, Zur Methodik des öffentlichen Rechts, S. 65 und 66.

2) Darauf kommt es auch hinaus, wenn *Tezner*, Grünhuts Zeitschrift, Bd. 21, S. 106 ff., zwischen natürlicher und rechtlicher Freiheit unterscheidet. Vgl. auch *Jellinek*, System, S. 43

haupt positiv charakterisieren und unterscheiden von den blossen Reflexwirkungen objektiver Rechtsnormen? Beides findet sich in der Rechtsordnung nach Ansicht der Verteidiger des öffentlichen subjektiven Rechtes; dann muss sich letzteres auch durch ein fassbares Merkmal von ersterem unterscheiden. Diese Unterscheidung scheint mir aber bisher nicht gelungen zu sein.

Jellinek (S. 65 und 66) unterscheidet zwischen formellen und materiellen subjektiven Rechten; das formelle ist dadurch gegeben, dass ein individualisierter Rechtsschutzanspruch für die in Rede stehenden Verhältnisse zwischen Individuum und Staat anerkannt ist; das materielle dadurch, dass die Rechtsordnung ausdrücklich oder stillschweigend ein Individualinteresse anerkennt. An was aber im einzelnen Falle erkannt werden kann, ob der Gesetzgeber, indem er einen objektiven Rechtssatz aufstellte, ein Individualinteresse schützen wollte, sagt *Jellinek* nicht, und wird kaum zu sagen sein.

Tezner (a. a. O., S. 125) scheint darauf abstellen zu wollen, ob dem subjektiven Recht ein bestimmter Inhalt gegeben werden kann, ob die Berechtigung eine klar abgegrenzte Form habe. Das geht aber sicher als allgemeines Kriterium nicht an; ob der Unterstützungsbedürftige ein subjektives Recht auf Unterstützung habe, oder ob er nur in der glücklichen Lage sei, dass der Gesetzgeber für ihn gesorgt hat, kann nicht davon abhängen, ob die staatlichen Leistungen mehr oder weniger präzis vorgeschrieben sind; und manche Freiheitsrechte, die einen sehr unbestimmten Inhalt haben, wie die Gewerbefreiheit, die Glaubensfreiheit, die Gleichheit an dem Gesetz, müssen wenigstens nach dem Recht gewisser Staaten sicher zu den subjektiven öffentlichen Rechten gerechnet werden. Wenn aber unter Umständen auch solch unbestimmte Rechte als subjektive Rechte betrachtet werden können, was unterscheidet schliesslich die Reflexwirkung des objektiven Rechts von dem subjektiven Recht?

Sehen wir von dem Begriff des formellen subjektiven Rechts *Jellineks* ab, so hat sich uns kein greifbares materiellrechtliches Merkmal des subjektiven öffentlichen Rechts gezeigt, an dem es im Zweifelfalle zu erkennen wäre, und auch wenn man mit unbestrittenen sogenannten subjektiven Rechten zu tun hat, sieht man nicht, durch was sich ihre innere Struktur von den Reflexwirkungen des objektiven Rechts unterscheidet: bei diesen sowohl wie bei jenen liegt eine durch objektiven Rechtssatz begründete Pflicht des Staates, beziehungsweise seiner Organe, auf ein bestimmtes Verhalten vor; was aber, abgesehen von der

Möglichkeit des prozessualen Schutzes, auf seiten des angeblich Berechtigten noch hinzukommt und jenes subjektive Recht dem Staate gegenüber ausmacht, ist unerfindlich. Die Frage führt allerdings auf den allgemeinen Begriff des subjektiven Rechts überhaupt zurück, der hier nicht erörtert werden soll.

Gibt man aber kein solches Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechtes, so ist es willkürlich, eine Reihe von angeblichen Freiheitsrechten aufzustellen, m. a. W. eine Anzahl durch Rechtssatz begründete Rechtszustände zu subjektiven Rechten zu stempeln, wie es z. B. *G. Meyer,* Deutsches Staatsrecht, S. 684, und auch *Jellinek* tun, denn solche Behauptungen sind ganz unkontrollierbar.

Es kann aber nach meiner Überzeugung überhaupt kein materiellrechtliches Kriterium des subjektiven öffentlichen Rechts im Gegensatz zur blossen Reflexwirkung gefunden werden.

Im Falle des bestkonstatierten subjektiven öffentlichen Rechts liegt in Wirklichkeit nichts anderes vor als eine durch objektiven Rechtssatz statuierte Pflicht staatlicher Organe, sich gegenüber Privatpersonen in bestimmter Weise zu verhalten.

Ein subjektives Recht des Einzelnen auf ein bestimmtes Verhalten des Staates als Inhaber der öffentlichen Gewalt anzunehmen, wie man ein subjektives Recht des Gläubigers auf Zahlung der Schuld gegenüber dem Schuldner annimmt, ist m. E. nicht vereinbar mit dem Begriff des Staates und der Staatsgewalt. Es ist nicht annehmbar, dass der Staat gegenüber dem X oder Y die Pflicht habe, die Ausübung seines Gewerbes nicht zu stören. Die Pflicht des Staates besteht nicht, mit Beziehung auf die dadurch begünstigte Privatperson, als eine in ihren Willen gestellte, auf sie bezügliche, relative Pflicht, sondern als absolute Pflicht. Es soll so sein kraft absoluten Rechtssatzes, und ohne Rücksicht darauf, wie sich eine Privatperson dazu verhalte[1]). Deshalb kann auch der angeblich Berechtigte dem Verpflichteten seine Pflicht nicht erlassen, oder, m. a. W., auf sein Recht verzichten, denn nicht mit Rücksicht auf ihn besteht die staatliche Pflicht, sondern kraft absoluten Rechtssatzes; es hängt nicht vom Willen der Privatperson ab, den Staat von seiner Pflicht zu entbinden. Die durch

[1]) Deshalb kommt auch, wenn nicht positives Recht entgegensteht, die Vorschrift sowohl dem Ausländer als dem Inländer zu gute, und jenem, gleichgültig, ob er im In- oder Auslande wohne, vgl. B. Ger. IX, S. 11, in anderem Sinne; es sind das für die inländischen Behörden absolut geltende Vorschriften der öffentlichen Ordnung. Die Praxis der Bundesbehörden ist schwankend, vgl. betr. Glaubens- und Gewissensfreiheit B. Bl. 1891, V, 381.

zwingenden Rechtssatz begründete Pflicht ist mit einem entsprechenden subjektiven Recht nicht vereinbar; dass ein Recht einem Subjekte zusteht, muss sich eben darin zeigen, dass dieses darüber verfügen kann, und dies ist hier ausgeschlossen [1]). Der stimmberechtigte Bürger kann auf sein Stimmrecht nicht *verzichten,* der durch die Gewährleistung der Gewerbefreiheit Bevorzugte nicht auf dieses Freiheitsrecht, der Staatsangehörige nicht auf diplomatischen Schutz im Ausland oder den gerichtlichen Schutz im Inlande. Damit steht nicht in Widerspruch, dass der « Berechtigte » darauf verzichten kann, sein Recht auszuüben, z. B. das Stimmrecht; denn Recht, zu stimmen, ist nicht Pflicht, zu stimmen. Es zeigt sich gerade hier der Gegensatz zum wirklichen subjektiven Rechte des Privatrechts darin, dass das Recht durch Nichtausübung nicht verjährt.

Ähnlich verhält es sich mit dem Anspruch auf Gehalt, auf Sporteln: der Berechtigte mag das Recht einmal nicht ausüben, indem er die fälligen Beträge nicht einzieht, während sie zu seiner Verfügung gehalten wurden, er kann aber, wenn es sich um ein öffentlich-rechtliches Verhältnis handelt, auf sein « Recht », Gehalt zu beziehen, nicht verzichten, m. a. W., ein solcher Verzicht entbindet den Staat nicht, den Gehalt auszuzahlen.

Schwierigkeit macht auf den ersten Blick die Tatsache, dass der Beamte, das Parlamentsmitglied auf sein Recht aus der Wahl oder der Ernennung durch Demission verzichten kann. Allein gerade hier herrscht darüber Einstimmung, dass es ein subjektives Recht des Beamteten auf sein Amt nicht gibt; der Grund jenes Verzichts liegt darin, dass das Amt in erster Linie nicht ein Recht, sondern eine Pflicht ist, und dass die Befugnis, ein Amt nicht zu übernehmen oder ein übernommenes Amt abzulegen, die Befugnis ist, sich einer Pflicht zu entziehen [2]). Die mit dem Amt verbundenen Rechte sind bloss sekundärer Natur und stehen natürlich nur demjenigen zu, der die Pflicht der Amtsführung auf sich nimmt.

Und endlich sei noch ein Fall erwähnt: derjenige der staatlichen Konzession und der gewerbepolizeilichen Erlaubnis [3]). Auf den Gewerbeschein, auf das Wirtschafts- oder das Berufspatent kann der Inhaber verzichten, und ebenso auf eine gewerberechtliche Konzession. Es sind hier zwei Fälle zu unterscheiden:

---

[1]) Gleich wie im Privatrecht, wo das Gesetz unverzichtbare „Rechte" statuiert oder besser unerlassbare Pflichten.

[2]) Als Verzicht auf ein Recht fasst es z. B. auch *Gerber,* Über öffentliche Rechte, 1852, S. 32, auf.

[3]) Wie *O. Mayer,* Deutsches Verwaltungsrecht, II, S. 295, unterscheidet.

entweder das Recht, eine gewerbliche Tätigkeit vorzunehmen, ist gesetzlich geregelt und an bestimmte Voraussetzungen gebunden, und die im einzelnen Falle gegebene behördliche Erlaubnis hat nur die Funktion einer formellen Konstatierung, dass alle gesetzlichen Requisite erfüllt sind, und die Pflicht zur Einholung dieser Erlaubnis ist nur eine Ordnungspflicht, wie dies bei Gewerbescheinen oder Patenten gemeiniglich der Fall ist; dann geht das Recht, das betreffende Gewerbe auszuüben, aus dem Gesetz hervor und nicht aus der gewerbepolizeilichen Erlaubnis. Diese ist nur eine weitere, vom Gesetz auferlegte formale Bedingung zur Ausübung des Rechts. Wer auf die gewerbepolizeiliche Erlaubnis verzichtet, verzichtet momentan auf die Ausübung seines Rechts, nicht aber auf das Recht selbst, und er kann jederzeit eine neue Erlaubnis einholen. Anders verhält es sich aber, wenn das Recht, gewisse Gewerbe auszuüben oder sie in gewisser Weise auszuüben, nicht gesetzlich normiert ist in einer für jedermann geltenden Weise, z. B. bei Benutzung öffentlichen Eigentums oder bei Erteilung öffentlich-rechtlicher Privilegien. Hier kann der Beliehene sein Recht nicht auf das Gesetz zurückführen, sondern bloss auf den besonderen Verwaltungsakt der Konzession, und trotzdem kann er auf die Konzession verzichten. Es scheint also das aus der Konzession fliessende Recht ein wirklich subjektives, dem Konzessionierten zustehendes Recht zu sein, da er ja den Staat durch seinen Verzicht von der Pflicht entbinden kann, die Konzession einzuhalten. Dieser Annahme steht aber entgegen, dass, wenn das Recht durch Konzession begründet wird, der Staat in Wirklichkeit nicht verpflichtet ist, die Konzessionsrechte weiter zu gewähren, dass er sie gegenteils jederzeit zurückziehen kann, gegen Entschädigung oder ohne solche. Der Staat will sich nach richtiger Auffassung, d. h. nach derjenigen, die mit dem Wesen des Staates, wie es sich anderweitig aus der positiven Rechtsordnung ergibt, allein vereinbar ist, nicht gegenüber einem Privaten in der Ausübung seiner hoheitlichen Gewalt auch nur auf beschränkte Zeit binden; es würde dies seiner Aufgabe, der Hüter des öffentlichen Interesses zu sein, widerstreben; er übernimmt nur, sofern er eine Entschädigungspflicht anerkennt, die Garantie für den wirtschaftlichen Nachteil, der dem Beliehenen daraus entstehen kann, dass der Staat genötigt wird, aus Gründen des öffentlichen Interesses die Konzession zurückzunehmen. Von einem wirklichen Recht auf die mit der Konzession gegebenen öffentlich-rechtlichen Befugnisse ist daher

auch hier keine Rede, und somit kann auch die Möglichkeit des Verzichtes auf die Konzession nicht die Subjektivität jenes Rechtes beweisen [1]).

Es ergibt sich somit folgendes: Aus der Betrachtung des materiellen Rechtsverhältnisses zwischen Staat und Individuum lässt sich kein Unterschied zwischen der sog. Reflexwirkung des objektiven Rechts und dem angeblichen subjektiven Recht des Individuums gegenüber dem Staate erweisen, vielmehr gibt es in bezug auf die Ausübung der öffentlichen Gewalt überhaupt keine subjektiven Rechte des Einzelnen gegenüber dem Staate, und Pflichten des Staates gegenüber dem Einzelnen, sondern nur absolute Pflichten des Staates.

Wenn man aber von subjektivem öffentlichem Rechte spricht, so hat das trotzdem einen guten, praktisch wichtigen Sinn; es besteht ein wirklicher und bedeutender Unterschied zwischen dem, was man blosse Reflexwirkung des objektiven Rechts, und dem, was man subjektives öffentliches Recht nennt, sofern man letzteren Begriff richtig fasst; der Unterschied ist aber nicht auf dem Boden des materiellen Rechts, sondern auf demjenigen des formal-prozessualen Rechtsschutzes zu suchen. Ein subjektives öffentliches Recht ist gegeben, wenn die dem Staat durch öffentlich-rechtliche Norm auferlegte absolute Pflicht durch denjenigen prozessualisch geltend gemacht werden kann, der an der Erhaltung der Pflicht ein Interesse hat. Was also das subjektive Recht ausmacht, ist die positivrechtliche Möglichkeit, die Frage, ob der Staat in bestimmter Beziehung pflichtgemäss handle oder nicht, zur Entscheidung zu bringen [2]). Es giebt daher, um mit *Jellinek* zu sprechen, nur «formelle» subjektive öffentliche Rechte. Deshalb weiss niemand anzugeben, an welchem materiell-rechtlichen Merkmal sich die subjektiven öffentlichen Rechte erkennen lassen, und deshalb weiss es auch *Jellinek* für sein «materielles» subjektives Recht nicht zu tun. An was erkennt er, dass der Schutz des Staatsgenossen im Ausland Gegenstand eines subjektiven Rechts sei? Und was macht es für einen praktischen Unterschied, ob es ein materielles subjektives Recht oder eine blosse Reflexwirkung sei, wenn ihm der prozessuale Schutz versagt wird? gar keinen. Und wenn man im allgemeinen fragt, welche praktische Bedeutung dem Institut des sub-

---

1) *Dantscher,* Die politischen Rechte der Untertanen, Wien 1888 (I. Liefg., S. 78), erklärt die Nichtverzichtbarkeit als eine *regelmässige* Eigenschaft der öffentlichen Rechte.

2) Nach *Dantscher,* a. a. O., II. Liefg., S. 47, ist die Klagbarkeit kein absolutes Erfordernis zur Existenz der politischen (subjektiven) Rechte. Ebenso *Jellinek,* a. a. O. S. 101.

jektiven öffentlichen Rechts zukomme, so findet man keine andere, als dass es durch prozessualische Rechtsmittel des angeblich Berechtigten geschützt sei.

Fragt es sich daher, ob in einem gegebenen Falle ein subjektives Recht begründet sei, so kann sich die Frage einzig danach entscheiden, ob dem angeblich Berechtigten ein Rechtsmittel zur Geltendmachung der behördlichen Pflicht zusteht oder nicht, denn darin besteht eben das Wesen des subjektiven Rechtes. Ist aber das Rechtsmittel selbst zweifelhaft nach dem positiven Recht, so wird durch Analogieschlüsse und andere Interpretationsmittel festgestellt werden müssen, nicht ob der Gesetzgeber den Interessenten das unbestimmbare Geschenk eines subjektiven Rechts machen wollte, sondern ob er ihm den Schutz eines prozessualischen Rechtsmittels zu teil werden liess.

Mit dieser Auffassung erklärt es sich, dass das gleiche verfassungsmässig garantierte Freiheitsrecht subjektives Recht und blosse Reflexwirkung sein kann, nämlich gegenüber den Behörden verschiedener Staaten. Die durch die schweizerische Bundesverfassung garantierten Freiheitsrechte sind nur gegenüber den Kantonen als subjektive Rechte zu betrachten, weil nur gegenüber Verfügungen kantonaler Behörden ein Rekurs gegeben ist, während Verfügungen von Bundesbehörden wegen Verletzung der gleichen Verfassungsbestimmungen nicht anfechtbar sind, trotzdem diese Bestimmungen unzweifelhaft sowohl für die Bundes- als für die Kantonalbehörden gelten [1]).

Es erklärt sich auch aus dieser prozessualischen Begriffsbestimmung des subjektiven öffentlichen Rechts, warum es so schwer hält, die Aktivlegitimation der zur Verwaltungsbeschwerde Berechtigten zu bestimmen, wenn sie nicht positivrechtlich normiert ist. Handelte es sich um einen materiellrechtlichen Begriff, so müsste derjenige als klageberechtigt bezeichnet werden, der in dem Verhältnis eines subjektiv Berechtigten zum Staat steht, der Träger des subjektiven Rechtes ist, gleichwie im Privatrecht naturgemäss derjenige und nur derjenige zur Klage legitimiert ist, dem das Recht zusteht. Lässt also im öffentlichen Recht das positive Recht die Frage im unklaren, wer zur Klage legitimiert sei, so ist es oft beinahe unmöglich, den Kreis der Beschwerdelegitimierten abzugrenzen. Man denke an die Beschwerde wegen Versagung oder gesetzwidriger Anerkennung des Wahlrechtes: man wird sie, ohne zu zögern, dem Wähler

---

[1]) Vgl. z. B. *Salis*, Bundesrecht, II, Nr. 921. IV.

selbst zuerkennen, aber nur ihm? Ist nicht jeder andere Wähler am Wahlresultat interessiert, und ist nicht schliesslich jeder Staatsgenosse des betreffenden Wahlkreises und schliesslich des ganzen Landes daran beteiligt, auch wenn er selber nicht Wähler ist? Die Erteilung des Wahlrechtes an die einzelnen Individuen, wie das ganze Institut, ist eben beherrscht durch das öffentliche Interesse, woraus schon hervorgeht, dass es nicht auch in einem kleinen Teile in die Disposition eines Einzelnen gelegt werden kann. Es hat deshalb auch nichts Sinnwidriges, dass zur Beschwerde nicht nur der an seinem Wahlrecht Geschmälerte selbst, sondern auch die andern Wähler desselben Wahlkreises, oder noch weitere Kreise von Personen zugelassen werden[1]; eine logische Begrenzung dieser Legitimation ist a priori nicht festzustellen.

2. Die verfassungsmässig garantierten Rechte.

Es ist bisher vorausgesetzt worden, dass die subjektiven Rechte, von denen die Rede, auf dem Gesetze beruhten; solche Rechte (im eben erörterten Sinne des Wortes) haben Bestand gegenüber den durch das Gesetz überhaupt gebundenen Behörden, nicht aber gegenüber der gesetzgebenden Behörde selber. Anders verhält es sich, wenn die Verfassung dem Einzelnen eine gewisse rechtliche Freiheit oder eine bestimmte Teilnahme an den staatlichen Funktionen oder an den öffentlichen Einrichtungen gewährleistet. Verfassungsvorschriften sind für alle staatlichen Organe verbindlich, für die gesetzgeberischen sowohl als für die dem Gesetze untergeordneten. Ob damit aber ein «subjektives Recht» auch gegenüber den obersten Behörden, den gesetzgebenden, eingeräumt sei, hängt davon ab, ob gegen gesetzgeberische Beschlüsse ein Rekursrecht bestehe, was nur ausnahmsweise zutrifft; es trifft z. B. zu in der Schweiz bezüglich der durch die Verfassung des Bundes und diejenigen der Kantone garantierten Individualrechte, indem auch gesetzgeberische Erlasse der Kantone wegen Verletzung dieser Rechte auf dem Rekurswege angefochten werden können. Es genügt, hier auf diese Verschiedenheit verfassungs- und gesetzmässiger Individualrechte, unter Berufung auf das im I. Kapitel Gesagte, hingewiesen zu haben.

[1] Vgl. *Laband*, I, S. 298.

Im Namen Gottes des Allmächtigen!

Die schweizerische Eidgenossenschaft,

in der Absicht, den Bund der Eidgenossen zu befestigen, die Einheit, Kraft und Ehre der schweizerischen Nation zu erhalten und zu fördern, hat nachstehende Bundesverfassung angenommen:

Bundesverfassung

der

schweizerischen Eidgenossenschaft.

I. Die Anrufung Gottes, wie sie an der Spitze unserer Verfassung steht, geht auf den Bundesvertrag vom 7. August 1815 zurück.

Die Mehrheit der im Jahre 1847 von der Tagsatzung bestellten Revisionskommission wollte auch den ganzen ersten Artikel des Bundesvertrages als Eingangspassus beibehalten; zu den darin aufgezählten Zwecken des Bundes sollte nur noch die Einheit der neuen Eidgenossenschaft durch Anführung der Freundschaft zwischen den Kantonen als weiteren Zweckes hervorgehoben werden. Ein Vorschlag, hinzuzufügen: «Die XXII souveränen Kantone der Schweiz vereinigen sich *als schweizerische Nation* .....», wurde wegen der mehr ethnologischen als juristischen Bedeutung dieses Wortes verworfen [1]).

Die jetzige Fassung ist dem Eingang des Entwurfs von 1833 nachgebildet: «Die souveränen Kantone der Schweiz, von dem Wunsche beseelt, den Bund der Eidgenossen zu befestigen und durch seine zeitgemässe Entwicklung des Vaterlandes Kraft und Ehre zu erhalten und zu fördern, haben den Bundesvertrag vom 7. August 1815 einer allgemeinen

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 12 f., 150, 191; Absch. 1847, IV, 242, 246.

Revision unterworfen und infolge derselben nachstehende Bundesurkunde als Grundgesetz angenommen.»

II. Der Eingang hat, juristisch betrachtet, lediglich den Charakter einer historischen Erzählung und zugleich Erklärung der Entstehung der neuen Verfassung. Die Urheber der Staatsumwälzung von 1848 berufen sich in diesen Worten auf ihre patriotische Gesinnung; eine juristische Bedeutung hat aber diese Einleitung nicht[1]). Namentlich ist es unrichtig, daraus Folgerungen für die Kompetenz des Bundes abzuleiten, wie es gelegentlich geschehen ist[2]). Bezüglich des Wortes: «Den *Bund* der Eidgenossen» s. unten Art. 1.

[1]) Vgl. *Hænel,* Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung 1873 S. 92 ff.

[2]) Vgl. Botschaft vom 23. Nov. 1883 betr. Nationalbahngarantieschuld, B.-Bl. 1883 IV, 536. *Salis* I, Nr. 34.

Erster Abschnitt.

Allgemeine Bestimmungen.

Art. 1.

Die durch gegenwärtigen Bund vereinigten Völkerschaften der zweiundzwanzig souveränen Kantone, als: Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden (ob und nid dem Wald), Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel (Stadt und Landschaft), Schaffhausen, Appenzell (beider Rhoden), St. Gallen, Graubünden, Aargau, Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und Genf, bilden in ihrer Gesamtheit die schweizerische Eidgenossenschaft.

I. Geschichte.

Den Verfassungen der *helvetischen,* einen und unteilbaren Republik war eine Bestimmung, wie der vorstehende Art. 1, fremd. Die Bundesverfassung der *Mediationsakte* dagegen, welche den Kantonen wieder staatliche Existenz verlieh, stellte an ihre Spitze den Grundsatz:

Art. 1. «Die neunzehn Kantone der Schweiz, als: Appenzell, Aargau, Basel, Bern, Freiburg, Glarus, Graubünden, Luzern, St. Gallen, Schaffhausen, Schwyz, Solothurn, Tessin, Thurgau, Unterwalden, Uri, Waadt, Zug und Zürich, sind unter sich, gemäss den in ihren besonderen Verfassungen aufgestellten Grundsätzen, verbündet. Sie übernehmen gegenseitig die Gewährleistung für ihre Verfassung, ihr Gebiet, ihre Freiheit und Unabhängigkeit, sowohl gegen auswärtige Mächte als gegen die Angriffe eines Kantons oder einer besonderen Partei.»

Der *Bundesvertrag von 1815* gab dieser Bestimmung folgende veränderte Fassung:

§ 1. «Die XXII souveränen Kantone der Schweiz, als: *Zürich, Bern, Luzern, Uri, Schwyz, Unterwalden, Glarus, Zug, Freiburg, Solothurn, Basel, Schaffhausen, Appenzell beider Rhoden, St. Gallen, Graubünden, Aargau,*

Thurgau, Tessin, Waadt, Wallis, Neuenburg und *Genf,* vereinigen sich durch den gegenwärtigen Bund zur Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen alle Angriffe fremder Mächte und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihre Verfassungen, so wie dieselben von den obersten Behörden jedes Kantons, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Bundesvertrages, werden angenommen worden sein. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihr Gebiet.»

Im Entwurf von 1832 lautete Art. 1: «Die durch diesen Bund vereinigten Kantone bilden in ihrer Gesamtheit *einen unauflöslichen Bundesstaat:* die schweizerische Eidgenossenschaft.» Der Entwurf von 1833 liess die hervorgehobenen Worte fallen. Die 1847 gewählte Revisionskommission der Tagsatzung stellte schon in erster Beratung die heutige Fassung des Art. 1 her, mit Ausnahme der Bezeichnung von Basel, die lautete: «*Basel* (Stadtteil und Landschaft)» und umgeändert wurde in «*Basel* (Stadt und Land)»; 1874, in letzter Redaktion, wurde «Land» durch «Landschaft» ersetzt[1]). Über die Diskussion vgl. das zum Eingang der B. V. Gesagte (S. 45).

Als der N. R. 1871—1872 über die Revision beriet, beantragte *Arnold,* die Halbkantone entweder wieder zu ganzen zu verschmelzen, was aber kaum durchführbar sei, oder ihr politisches Noviziat für beendet zu erklären und sie den ganzen Kantonen vollständig gleich zu stellen; *Gadmer* schlug vor, die Vergrösserung der Gebiete der kleinen Kantone durch Verschmelzung mehrerer ins Auge zu fassen; und von dritter Seite wurde beantragt, die vom Volksverein in Murten gewünschte Abtrennung des Seebezirks vom Kanton Freiburg in Erwägung zu ziehen. Die beiden letzten Anträge wurden in der gleichen Sitzung abgelehnt, der erste wurde in einer späteren wieder zurückgezogen angesichts des Ablehnungsantrages der Kommission[2]). Im St. R. wurde vorgeschlagen, das Wort «souverän» zu streichen, da diese Bezeichnung, nachdem die wesentlichsten Souveränitätsrechte wie Militärwesen, Zivilgesetzgebung u. s. w. durch den Entwurf den Kantonen entzogen werden sollen, mit den wirklichen Verhältnissen in Widerspruch stehe; dieser Antrag vereinigte aber bloss 3 Stimmen auf sich[3]). — In den Verhandlungen von 1873—1874 wurde keine Abänderung beantragt[4]).

II. Auslegung.

1. Art. 1 gibt die historische Tatsache wieder, dass nunmehr die Völkerschaften der XXII Kantone der Schweiz zum neuen staatlichen Gebilde der schweizerischen Eidgenossenschaft vereinigt sind. Ob dieses staatliche Gebilde ein Bundesstaat sei oder ein Staatenbund, ist eine theoretische Frage, die zu entscheiden nicht Sache der Verfassung oder des Gesetzes ist, sondern der Wissenschaft[5]). Massgebend für die **juristische Konstruktion** ist allein die Ausgestaltung, die das staatliche

[1]) Prot. der Kommission, S. 12, 161, 191; Absch. 1847, IV, 50, 247.
[2]) Prot. des N. R. 1871—1872, S. 7—8; 308, 309.
[3]) Prot. des St. R. vom 15. Januar 1872.
[4]) Prot. der eidgenössischen Räte 1873—1874, S. 4, 308.
[5]) Vgl. *Eisele,* Unverbindlicher Gesetzesinhalt. Archiv für zivilist. Praxis LXIX, S. 317 ff.

Gebilde durch die Rechtssätze der Verfassung erfahren hat, nicht die von der Verfassung verwendeten Bezeichnungen, noch die von den Urhebern des Verfassungstextes gehegten theoretischen Ansichten. Aus den Verhandlungen der Tagsatzungskommission und dem Bericht ihrer Wortführer, *Kern* und *Druey*, sowie aus den Verhandlungen der Tagsatzung selber geht hervor, dass man sich des tiefen Unterschiedes zwischen der Eidgenossenschaft des 1815er Vertrages und der zu gründenden wohl bewusst war. Im Eingange und als Titel wurde absichtlich das Wort «Bundesverfassung» im Gegensatz zum farblosen Worte «Bundesurkunde» des Entwurfes von 1833 [1]) und zu dem von Unterwalden vorgeschlagenen «Bundesvertrag» gewählt [2]). Art. 1 ist in formeller Beziehung dem Art. 1 und dem Eingang des Entwurfes von 1833 nachgebildet. Daraus erklärt sich, dass der Ausdruck «Bund», der auf eine vertragsmässige Verbindung der Kantone hindeutet, im Eingang und in Art. 1 stehen geblieben ist. Dieser Ausdruck ist aber an sich ebenso unerheblich wie der Ausdruck «Bundesverfassung» und entsprach jedenfalls nicht der Ansicht der Schöpfer der Verfassung.

Wenn man somit die Verfassung von 1848 oder 1874, oder einzelne Teile derselben, wie die Grundlagen des finanziellen Ausgleiches zwischen Bund und Kantonen einen Kompromiss, eine Vereinbarung der Parteien genannt hat, so ist diese Bezeichnung nicht im juristischen, sondern nur im politischen Sinne zu verstehen, und es dürfen aus einer solchen Charakterisierung der B. V. keine rechtlichen Folgerungen gezogen werden. Es ist z. B. unrichtig, wenn *Gobat* anlässlich der Diskussion über die Zollinitiative (Beutezug) erklärte: «En Suisse la question (de savoir si la constitution est un contrat ou une loi) est tranchée par l'art. 1er de la constitution, ainsi conçu: ..... Ainsi notre constitution est bien le document qui sanctionne cette alliance: elle est donc un traité. Or, s'il est admissible que les clauses accessoires d'une convention peuvent être modifiées par la voie de la revision partielle, je conteste qu'il en soit ainsi des bases fondamentales de l'alliance.» *Gobat* beantragte aus diesem Grund, das Initiativbegehren nicht dem Volk zu unterbreiten, zog aber später diesen Antrag wieder zurück (Sten. Bull., Bd. IV, S. 59, 100).

Nicht nur die Verfassung als Ganzes ist kein Vertrag, sondern auch keine ihrer Bestimmungen hat Vertragsnatur [3]), mag sie auch noch so sehr im Interesse einzelner oder eines einzigen Kantons aufgenommen worden sein, und sollte auch die Zustimmung dieses Kantons zur Verfassung von der Aufnahme jener Bestimmung abgehangen haben. Man könnte etwa an Art. 30 B. V. (Entschädigungen an die Kantone Uri, Graubünden, Tessin und Wallis) oder an die Art. 72, 80, 96, Abs. 1, und 107, Abs. 1, denken. Sämtliche Bestimmungen der Verfassung sind identischer rechtlicher Natur; sie sind alle auf gleichem Wege zu stande gekommen, sie stehen unter dem gleichen Titel und können alle nach gleichem Verfahren revidiert werden, und nichts lässt erkennen, wo die Grenze zwi-

---

[1]) Vgl. *Kaiser* und *Strickler*, Geschichte und Texte der Bundesverfassungen T, S. 217. Der Entwurf der 7 Konkordatskantone von 1832 bezeichnet sich als Entwurf einer schweizerischen Bundes*verfassung*. Vgl. *Banmgartner*, Die Schweiz in ihren Kämpfen und Umgestaltungen von 1830—1850, Bd. I, p. 281—282.

[2]) Vgl. Eidg. Absch. 1847, IV, S. 212.

[3]) Zum gleichen Ergebnis ist *Hænel*, Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, S. 240, gelangt. Vgl. *Derselbe*, Deutsches Staatsrecht I, S. 54.

schen eigentlichen Verfassungsbestimmungen und Vertragsabmachungen durchzugehen hätte. Auf dem Wege der Verfassungsrevision können daher alle Bestimmungen der B. V. abgeändert werden, was allerdings den darin bevorzugten Kantonen eine geringere Garantie gewährt als ein nur mit ihrer Zustimmung revidierbarer Vertrag; das mussten sie sich aber selber sagen, als sie die Verfassung annahmen. Es wäre denkbar, dass die Verfassung selbst zur Abänderung gewisser Bestimmungen die Zustimmung einzelner Kantone forderte; dann wären diese Bestimmungen in bezug auf ihre Revidierbarkeit wie Vertragsbestimmungen zu behandeln, solange die Vorschriften über ihre Revision nicht selber revidiert würden. Solche besondere Vorschriften zur Revision einzelner Verfassungsartikel kennt aber unsere Verfassung nicht. Mögen auch die einzelnen Kantonen zugedachten Vorteile noch so sehr als individuelle Rechte derselben gedacht sein, so beruhen sie doch nur auf der Verfassung, und wenn diese geändert wird, fällt auch die Grundlage ihres Bestehens dahin. Es wurde daher im Jahre 1872 der Behauptung einzelner Kantone, sie besitzen durch Art. 26 der B. V. von 1848 und die auf Grund desselben geschlossenen Zollauslösungsverträge wohlerworbene Rechte, mit Recht entgegengehalten, diese Rechte, sowie die darüber geschlossenen Verträge beruhen auf der bisherigen Verfassung und können mit ihr abgeändert werden[1]). Es ist klar, dass, wenn die Verteilung der Lasten und Einnahmen zwischen Bund und Kantonen, auf Grund deren den Kantonen gewisse Entschädigungen zugesichert wurden, revidiert wird, die Entschädigungen auch revidierbar sein müssen.

2. Die **Entstehung der Verfassung** von 1848[2]) stellt sich im wesentlichen in folgenden historischen Daten dar: Am 16. August 1847 fasste die Tagsatzung mit 13 gegen 8 Stimmen den Beschluss, die Angelegenheit der Revision des Bundesvertrages vom 7. August 1815 einer besonderen Kommission von 14 Mitgliedern zu überweisen, mit dem Auftrag, darüber Gutachten und Anträge auszuarbeiten. Nach Beendigung des Sonderbundskrieges wurde die Kommission durch Vertreter der revisionsfeindlichen Kantone auf 23 Mitglieder vermehrt; nur Neuenburg und Appenzell I.-Rh. blieben ihr noch fern. Diese Kommission beriet auf Grund eines von *Kern* und *Druey* verfassten Schemas und in Anlehnung an den Entwurf von 1832 vom 17. Februar bis zum 8. April 1848 einen Verfassungsentwurf, und nahm schliesslich den Entwurf mit 14 Stimmen an. Sie beschloss selber, den Entwurf den Kantonen zuzusenden, damit diese ihre Tagsatzungsgesandten darüber instruieren können (Prot. 194). Die Tagsatzung versammelte sich am 11. Mai und nahm den Entwurf, nach zweimaliger Beratung, am 27. Juni 1848 mit 13 (und einer halben, nicht zählenden) Stimmen an, Wallis mit der Erklärung, dass Art. 1 der Übergangsbestimmungen von keinem Präjudiz sein dürfe; von den übrigen Ständen nahmen $2^2/_3$ den Entwurf ad referendum; Bern und Tessin stimmten nicht zum Entwurf; nur Schwyz stimmte ausdrücklich für

[1]) Prot. der N.R.K. 1871, S. 110 ff., des N.R. 1871—72, S. 102 ff., der eidg. Räte 1873—74, S. 85 ff., 322.

[2]) Vgl. *Fleiner,* Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates im Jahre 1848, Basel 1898. *Blumer-Morel,* Handbuch des schweizerischen Bundesstaatsrechts I, 3. Aufl. S. 138 ff. — *Le Fur* und *Posener,* Bundesstaat und Staatenbund in geschichtlicher Entwicklung, Breslau 1902, Bd. I, S. 149 ff., 170, geben eine summarische, nicht immer genaue Darstellung der Verfassungsgeschichte und des geltenden Rechts.

Verwerfung; mit Uri, Unterwalden und Appenzell I.-Rh. gab Schwyz die Erklärung ab, sie stimmen dem Entwurfe nicht bei und verwahren ihre Rechte, die Gesandtschaften behalten den Entscheid dem Volke ihrer h. Stände vor. Man war aber darüber einig, dass damit die Verfassung noch nicht definitiv als angenommen zu gelten habe; mit dem Verfassungsentwurfe selbst wurde als Art. 1 der Übergangsbestimmungen mit 14 Stimmen der Grundsatz angenommen: «Über die Annahme gegenwärtiger B. V. haben sich die Kantone auf die durch die Kantonalverfassungen vorgeschriebene, oder — wo die Verfassung hierüber keine Bestimmung enthält — auf die durch die oberste Behörde des betreffenden Kantons festzusetzende Weise auszusprechen.» Die Tagsatzung behielt sich vor, je nach dem Resultat dieser Abstimmung zu beschliessen, ob die neue Verfassung angenommen sei[1]. Alle Kantone äusserten sich über den Entwurf, $15^1/_2$ nahmen an, $6^1/_2$ verwarfen. Die Gesandtschaften von Ob- und Nidwalden, Zug, Tessin und Wallis erklärten aber, dass sich ihre Kantone dem Entscheide der Mehrheit fügen werden[2]. Die Tagsatzung beschloss am 12. September 1848 mit 16 (und zwei halben) Stimmen, die neue B. V. sei angenommen. Die drei Stände Uri, Ob- und Nidwalden verhielten sich noch ablehnend insofern, als sie in ihren Landsgemeinden die ersten National- und Ständeratswahlen nur unter Verwahrung ihrer bisherigen Rechte vornahmen; auch sie erkannten aber schliesslich die neue Verfassung an, indem sie auf Einladung der eben zusammengetretenen eidgenössischen Räte die Wahlen von neuem und diesmal bedingungslos vornahmen.

Diese Vorgänge sind rechtlich verschieden beurteilt worden. *Fleiner* erblickt den rechtlich entscheidenden Vorgang in dem Beschluss der Tagsatzung vom 12. September 1848, welcher die Verfassung als angenommen erklärte; diese gemeinsame Willensäusserung sei ein «Gesamtakt», eine neue, durch *Kuntze* (Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, Festgabe der Leipziger juristischen Fakultät für O. Müller) in die Rechtswissenschaft eingeführte Kategorie, die seitdem *Triepel* (Völkerrecht und Landesrecht) auf dem Gebiete des Völkerrechts ausgiebig verwendet hat. Der Gesamtakt wird von diesen Schriftstellern deutlich genug charakterisiert: es ist die Einigung des inhaltlich übereinstimmenden Willens mehrerer Personen auf ein und dasselbe Resultat. Und in der Tat ist in einer Reihe von Erscheinungen des Rechtslebens eine derartige Willensübereinstimmung erforderlich, die unzweifelhaft keine Verträge sind: bei Beschlüssen einer Kollegialbehörde, sei es eines Parlaments oder einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde; bei Beschlüssen mehrgliedriger Korporationsorgane, nach *Kuntze* auch beim Konstituierungsakt einer Aktiengesellschaft und einer Genossenschaft überhaupt, nach *Triepel* sogar bei Einsetzung einer einfachen Gesellschaft und unter Personen des Völkerrechts bei Aufstellung neuer völkerrechtlicher objektiver Normen durch gemeinsame Anerkennung. Die Befriedigung über die Entdeckung dieses neuen Begriffs für Vorgänge, die bisher in keine der hergebrachten Kategorien passten, verfliegt aber, sobald man sich darüber Rechenschaft gibt, wie verschieden die rechtliche Wirkung dieser Ge-

---

[1]) Absch. 1847, IV, 163—165. Der Abstimmungstermin wurde am Schluss der Beratung, dem 27. Juni, auf den 1. September festgesetzt, ibid. S. 286.
[2]) Vgl. *Fleiner* a. a. O., S. 21–22.

samtakte ist: in einem Falle entsteht daraus ein Urteil, in einem andern Falle in Gesetz, in einem dritten ein Verwaltungsbeschluss oder aber ein privatrechtlicher Korporationsbeschluss, oder gar die Korporation selber, oder auch eine einfache Gesellschaft. Wie man alle diese Wirkungen unter einen Hut bringen will, ist nicht klar. Was nützt es, hervorzuheben, dass diese Wirkungen eine vorgängige Willenseinigung mehrerer Personen zur gemeinsamen Bedingung haben, wenn trotz dieser Ähnlichkeit im Entstehungsprozess die Wirkungen so verschieden sind? Es ist damit nichts erklärt, wenn zwei gänzlich verschiedene Wirkungen auf eine gleiche Ursache zurückgeführt werden, sondern damit ist im Gegenteil das Problem erst gestellt; abgesehen davon, dass in jedem einzelnen Fall in der Hervorhebung des Momentes der Willensübereinstimmung eine rationelle Erklärung der rechtlichen Wirkung noch nicht liegt; es ist z. B. die Entstehung eines neuen Rechtssubjektes mit der Verweisung auf die Tatsache, dass vorher die Willen mehrerer Personen sich über diese Entstehung geeinigt haben, keineswegs begreiflicher gemacht. Ebenso verhält es sich mit der Entstehung eines neuen Staates. Warum soll ein Staat entstehen, wenn sich mehrere vorher bestehende Staaten über die Gründung einigen? Die Erscheinung wird damit nicht erklärt, weil sie nicht auf einen allgemeinen, schon bekannten Vorgang zurückgeführt wird; denn die Entstehung einer Privatkorporation auf gleichem Wege ist eben so unverständlich. Darum muss es auch als eine willkürliche Behauptung erscheinen, dass durch die Vereinbarung mehrerer Staaten über ihnen und aus ihnen ein Bundesstaat entstehen könne. Warum müssen es gerade Staaten sein? Können es nicht auch Gemeinden oder Privatpersonen sein? Und unter welchen Personen tritt jene Wirkung ein, unter den vereinbarenden, also zustimmenden bloss, oder auch unter andern? Offenbar letzteres, da ja durch die Vereinbarung von 16½ Kantonen alle 22 Kantone zusammen in einen Bundesstaat umgewandelt wurden; wo soll aber diese Wirkung aufhören, wenn auch die Nichtzustimmenden in den staatenerzeugenden Wirbel hineingezogen werden?

Von einem rechtlichen Vorgang kann nur dann gesprochen werden, wenn der Vorgang unter einer rechtlichen Norm steht, an der er gemessen und entweder a s rechtmässig oder als rechtswidrig oder aber als rechtlich irrelevant bezeichnet werden kann. Solches ist allerdings der Fall bei den von *Kuntze* für seinen Begriff des Gesamtaktes vindizierten Vorgängen, sie stehen alle innerhalb der Rechtsordnung.

Gibt es aber auch Normen darüber, wie eine Verfassung und ein Staat entstehen müssen, damit sie rechtmässig entstehen, unter welchen Voraussetzungen eine neue Verfassung als rechtsmässig gelten kann? Eine solche Norm kann nur dem über dem Staate stehenden Völkerrecht angehören; das Völkerrecht normiert die Beziehungen der Staaten untereinander. Die Gründung eines neuen Staates kann also nach völkerrechtlichen Normen beurteilt und als rechtmässig oder rechtswidrig charakterisiert werden, je nachdem sie ohne oder mit Verletzung der Rechte anderer Staaten vor sich gegangen. Die Gründung des schweizerischen Bundesstaates von 1848 kann in dieser Beziehung rechtlich beurteilt werden, und zwar kann es sich fragen, ob das Vorgehen der revisionsfreundlichen Kantone nicht einerseits die Rechte der übrigen

Kantone oder andererseits diejenigen der Parteien des Wienervertrages verletzte, welcher den Bundesvertrag von 1815 anerkannte und garantierte. Die Wiener Grossmächte machten in der Tat Miene, letzteres zu behaupten, und was die Rechte der Kantone betrifft, so steht ausser Zweifel, dass vom völkerrechtlichen Standpunkte aus den 5½ Kantonen Unrecht geschah, die gegen ihren Willen, und ohne dass der Bundesvertrag von 1815 sie dazu verpflichtete, zur Anerkennung einer Minderung ihrer Souveränität genötigt wurden. Die Frage ist aber eigentlich nicht, ob das Unternehmen, eine bundesstaatliche Verfassung einzuführen, völkerrechtlich ein rechtmässiges oder rechtswidriges, ob also die vorgeschlagene Verfassung für bereits bestehende Staaten verbindlich war und von ihnen anerkannt werden musste, sondern woraus diese einmal, gleichviel ob rechtmässig oder -widrig, eingeführte Verfassung ihre Rechtskraft gegenüber den einzelnen Bürgern schöpfte, derart, dass sie nun unter Aufhebung eines wesentlichen Teils der bisher unbeschränkt geltenden Kantonsverfassungen als höchstes Landesgesetz gilt. Die beiden Fragen, deren eine die völkerrechtliche, die andere die staatsrechtliche Seite der Frage betrifft, werden meist nicht auseinandergehalten. Nach der ersten Seite hin handelt es sich darum, den Vorgang der Verfassungsänderung im Verhältnis zu den Rechten bestehender Staaten zu beurteilen, nach der zweiten, im Verhältnis zu den der bisherigen, nun entwehrten Staatsgewalt unterworfenen Bürgern. Privatrechtliche Vorgänge leiten ihre verpflichtende Wirkung in letzter Linie vom Gesetze ab; die Verfassung als oberstes Landesgesetz kann sich selbstverständlich nicht auf Landesrecht berufen, und gegenüber den Einzelpersonen auch nicht auf Völkerrecht. Das Völkerrecht erkennt allerdings das Entstehen eines neuen Staates als eine rechtserhebliche Tatsache an; es bestimmt die Bedingungen, unter welchen ein Gemeinwesen als Staat im völkerrechtlichen Verkehr anerkannt wird. Zu diesen Bedingungen gehört, dass die Mitglieder des Gemeinwesens unter einer gemeinsamen, von keiner höheren abhängigen Staatsgewalt stehen, m. a. W., unter einer Verfassung. Unter welchen Voraussetzungen aber ein Verfassungsentwurf für die Bewohner eines Gebietes rechtsverbindlich werde und vielleicht ganz oder teilweise an Stelle einer anderen Verfassung trete, bestimmt das Völkerrecht nicht. Die Frage, ob der Beschluss der Tagsatzung vom 12. Sept. 1848 für die Schweizerbürger rechtsverbindlich war oder nicht, lässt sich aber auch nach staatsrechtlichen Normen nicht beurteilen; die Normen des damals geltenden positiven kantonalen oder eidgenössischen Staatsrechts lassen sich nicht anwenden, weil die neue Verfassung sich in bewussten Gegensatz zu ihnen stellte, ihre Autorität verwarf. Andere positive Rechtsnormen als die völkerrechtlichen oder staatsrechtlichen gibt es nicht; somit kann die Entstehung der B. V. von 1848 überhaupt nicht rechtlich beurteilt und rechtlich konstruiert werden. Wenn sich zwei Verfassungen, eine alte und eine neue, oder zwei neue gegenüberstehen, so lässt sich nach *Rechts*grundsätzen nicht entscheiden, welche für den Bürger verbindlich ist. Es ist ein eitles Unternehmen, die Entstehung des Grundgesetzes eines Staates und der Grundlage der Rechtsordnung überhaupt in einer Gesellschaft auf ein früheres rechtliches Geschehnis zurückzuführen, oder, m. a. W., die Verbindlichkeit der Verfassung aus Rechtsgründen zu erklären. Die Verfassung von 1848 galt, weil sie sich Anerkennung ver-

schaffte; dass die Verfassung gilt, ist eine nicht weiter reduktible Tatsache; es gibt ebensowenig einen *rechtlichen* Grund dafür, dass eine neue Verfassung in Kraft treten soll, als es einen dafür gibt, dass eine bestehende Verfassung in Kraft bleiben soll [1]).

Gegen die Auffassung *Schollenbergers* (Das Bundesstaatsrecht der Schweiz. Geschichte und System, Berlin 1902. S. 133) spricht zunächst auch der oben genannte Grund. Der entscheidende Vorgang ist nach *Schollenberger* der Beschluss der Tagsatzung vom 27. Juni 1847, durch welchen eine Mehrheit von 13½ Kantonen den Verfassungsentwurf der Revisionskommission guthiess: es sei dies ein Vertrag jener Kantone gewesen, die Verfassung in Kraft treten zu lassen, unter der Bedingung, dass sie von der Mehrheit der Kantone und von der Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger angenommen werde, was auch geschehen sei; alle Kantone haben zwar nicht dem Beschluss zugestimmt, aber alle seien damit einverstanden gewesen, dass überhaupt revidiert werde, und darum seien auch alle an die Vereinbarung der Mehrheit gebunden gewesen. «Bevor der Bundesstaat (aber) entstanden, muss er selber hergestellt werden, und das geschieht durch ein darauf zielendes *Recht,* d. h. durch eine Bundesverfassung, das er dann aber, nachdem er entstanden, selbst erzeugt — m. a. W., die Rousseausche Theorie vom Vertrag der Menschen als dem Rechtsgrund des Staates ist nicht abzuweisen» (S. 133). Diese Theorie steht einmal mit den Tatsachen nicht im Einklang, und ist sodann auch als solche, trotz der kühnen Schwenkung zum Gesellschaftsvertrag Rousseaus, nicht haltbar. Es ist eine reine Fiktion, anzunehmen, alle Kantone haben dem Verfassungsentwurf von 1848 zugestimmt, weil alle grundsätzlich mit einer Revision des Vertrages von 1815 einverstanden gewesen seien: sie waren jedenfalls nicht alle mit dieser Revision und mit dem dazu eingeschlagenen Verfahren einverstanden, und das müsste doch der Fall gewesen sein, damit ein Vertrag über diesen Revisionsentwurf zu stande gekommen wäre. Sodann ist nicht richtig, dass am 27. Juni der Entwurf unter der Bedingung zur Verfassung erhoben wurde, dass er von der Mehrheit der Stände und der stimmenden Schweizerbürger gutgeheissen würde. Die Ständemehrheit hatte ausdrücklich durch Annahme des Art. 1 der Übergangsbestimmungen den 10. Juni nur beschlossen, dass die *Kantone* auf die durch die Kantonsverfassung vorgeschriebene oder durch die oberste Kantonsbehörde vorzuschreibende Weise sich über den Entwurf aussprechen sollten, und behielt einer späteren Tagsatzung vor, zu entscheiden, ob die B. V. angenommen sei oder nicht, indem die Mehrheit damals allerdings zu verstehen gab, dass hierzu die Mehrheit der Kantone und des Volkes jedenfalls genügen dürfte. Namentlich aber stimmten in der Schlussabstimmung vom 27. Juni nur 13 Stände ausdrücklich für Annahme des ganzen Entwurfs und damit des Art. 1 Ü. B. (s. oben S. 46). Aber auch wenn die Annahmen *Schollenbergers* mit der Geschichte übereinstimmten, so wäre doch seine rechtliche Auffassung zu verwerfen: wenn zwei oder mehrere Staaten einen Vertrag schliessen, so entsteht daraus eben nichts anderes als ein Staatsvertrag, wie es 1815 geschah,

---

[1]) Wenn z. B. *Bärtsch,* Die Souveränitätsverhältnisse im Bundesstaate, Diss., Mels 1890, S. 46, die Verfassung auf eine Willenserklärung der Gesamtheit zurückführt, so setzt dies einen vor der Verfassung geltenden Rechtssatz voraus, dass die Willenserklärung einer bestimmten Gesamtheit verbindlich ist.

aber niemals eine Verfassung. Der vorgängliche Abschluss eines Vertrages unter Staaten, welche einen Bundesstaat gründen wollen, mag diese Gründung geschichtlich erleichtern und psychologisch erklären, juristisch erklärt er sie aber nicht, weil sich die Entstehung eines Staates und einer Verfassung überhaupt nicht juristisch erklären lassen.

Wenn endlich *Blumer-Morel,* Bd. I (3. Aufl.), S. 204 [1]), im Eingang der B. V. den Gedanken ausgedrückt findet, dass die Verfassung sowohl im Willen des Volkes als im Willen der Kantone ihren Ursprung habe, so wollte er damit wohl weder eine historische Wahrheit aussprechen, noch eine juristische Konstruktion des Entstehungsprozesses der Verfassung versuchen, sondern einen der Verfassung zu Grunde liegenden politischen Gedanken wiedergeben.

Die Totalrevision von 1874 vollzog sich gemäss den Bestimmungen der Verfassung von 1848 über die Revision der B. V. (Art. 111—114); sie vollzog sich also in «verfassungsmässigen» Formen. Trotzdem entzieht sich der Vorgang der rechtlichen Beurteilung, wie oben (S. 9) ausgeführt; übrigens war das Verfahren auch nicht bis ins einzelne geregelt; es blieb z. B. der B. Vers. anheimgestellt, zu entscheiden, ob über die Verfassung in globo oder nach einzelnen Gruppen von Artikeln abgestimmt werden solle, wobei sie ersteres wählte.

3. An Hand des Gesagten muss sich nun **der juristische Gehalt des Art. 1** bestimmen lassen; er berichtet nicht bloss über eine historische Tatsache, aber seine juristische Bedeutung ist nicht so gross, wie es auf den ersten Blick scheint. Art. 1 enthält zwei Rechtssätze: 1. den Satz, dass die schweizerischen Kantone nunmehr zu einem Bundesstaat, wie er in den folgenden Artikeln ausgestaltet ist, vereinigt werden sollen; 2. den Satz, dass dieser Bundesstaat gerade aus den genannten 22 Kantonen zusammengesetzt sein soll. Nur dieser zweite Satz ist ein selbständiger Rechtssatz. Der erste verweist blos auf die übrigen Bestimmungen der B. V., in denen erst ausgeführt ist, was dieser Bundesstaat ist; etwas neues fügt Art. 1 den besondern Bestimmungen der B. V. nicht hinzu. Er könnte auch fehlen, ohne dass der Bundesstaat der Schweizerischen Eidgenossenschaft ein anderer würde, sofern nur die übrige B. V. in Kraft bliebe. Das einzig Wichtige ist eben dieses: haben diese Verfassungsbestimmungen, welche die souveränen Kantone zum Bundesstaat machen, positive Rechtskraft; gelten sie als positives Verfassungsrecht? Darüber gibt Art. 1 keine Auskunft, weil es selbstverständlich nicht der Verfassung zusteht, sich selber in Kraft zu setzen. Das ergibt sich aus Umständen, die ausserhalb der Verfassung liegen. Ganz anders, wenn die Kantone einen Staatenbund bildeten und nur durch einen Vertrag verbunden wären — dann würde der Bundesvertrag eben durch diese erste Bestimmung begründet; der Bundesvertrag von 1815 galt, weil die Kantone in § 1 den Bund mit allen seinen Verpflichtungen eingegangen waren; die in § 1 enthaltene übereinstimmende Willenserklärung gab dem Bundesvertrag rechtliche, nämlich völkerrechtliche Geltung. Die B. V. beansprucht aber, als höchstes Bundesrecht zu gelten und kann sich eben deswegen diese Geltung nicht selber verschaffen.

---

[1]) Vgl. *Schollenberger,* a. a. O., S. 133.

Der zweite in Art. 1 enthaltene Rechtssatz, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft aus den 22 genannten Kantonen gebildet sein soll, gibt zunächst der Tatsache Ausdruck, dass die B. V. in diesen und nur in diesen Staaten Geltung beansprucht. So wenig aber die Verfassung sich überhaupt positive Rechtskraft erwirken kann, so wenig kann sie sich in einem bestimmten Gebiet kraft ihres abstrakten Willens in Geltung setzen; ob sie in allen den 22 Kantonen, die sie als Glieder ihres Bundes beansprucht, wirklich höchstes Landesgesetz ist, geht daher aus Art. 1 keineswegs hervor, sondern ist reine Tatfrage. Denn es nützt der B. V. nichts, zu erklären, sie gelte in allen 22 Kantonen, wenn in einigen derselben tatsächlich ein anderes Grundgesetz in Kraft steht, welches etwas anderes erklärt, wie es z. B. der helvetischen Verfassung gegenüber verschiedenen Landesteilen widerfuhr.

Wenn und solange die gegenwätige B. V. anerkannt wird, kann daher ein Kanton aus der Eidgenossenschaft nicht austreten, noch ein neuer aufgenommen werden. Sollte aber ein Kanton sich wirklich von der Eidgenossenschaft lossagen wollen, so würde er eben damit die B.V. als für ihn unverbindlich erklären; er könnte wohl einer Verletzung der B. V., nicht aber einer Rechtsverletzung überführt werden, da er ja eben derjenigen Rechtsordnung, die seine Pflicht statuiert, die rechtliche Gültigkeit absprechen würde.

Der gleiche Rechtssatz stellt aber nicht nur den äusseren Bestand, sondern auch die innere Organisation der schweizerischen Eidgenossenschaft fest; in der Erklärung, die 22 Kantone, wie sie beim Inkrafttreten der Verfassung bestanden, bilden die Schweizerische Eidgenossenschaft, liegt nicht bloss eine Konstatation, sondern auch eine Vorschrift: die 22 Kantone sollen fortbestehen bleiben; es soll ohne Verfassungsänderung kein neuer gebildet werden, kein Halbkanton mit dem andern sich vereinigen, kein ganzer sich trennen oder mit einem andern sich verschmelzen dürfen [1]. — Art. 1 stellt auch fest, welches die ganzen und welches die Halbkantone seien. Die Halbkantone sind im Verhältnis zu einander und zu andern Kantonen ganzen Kantonen völlig gleich; im Verhältnis zum Bund sind sie dagegen in einigen Beziehungen minderen Rechtes. Vgl. darüber die Art. *80, 86, 89, 93 B. V.* [2]).

4. Art. 1 sagt dagegen nichts darüber aus, ob und wie Veränderungen des **Bundesgebiets** stattfinden können.

Zunächst die erste Frage: statuiert Art. 1, dass das Gebiet der Eidgenossenschaft auch in Zukunft aus dem bisherigen Gebiete der Kantone bestehen soll, nicht mehr und nicht weniger? Statuiert er dies, so tut er es jedenfals nicht ausdrücklich; ausdrücklich ist nur gesagt, dass die Schweizerische Eidgenossenschaft aus den 22 Kantonen bestehen soll, d. h. dass diese Staaten, keiner mehr und keiner weniger, Glieder der Eidgenossenschaft sein sollen. Welches das Gebiet dieser Kantone und somit der Eidgenossenschaft sein soll, ist m. E. nicht gesagt [1]. Für diese Auslegung spricht nicht nur der Wortlaut des Artikels, der von den «Völkerschaften» der 22 Kantone spricht [2]), sondern auch die

---

[1]) Über die Trennungsgelüste des Sotto Cenere vom übrigen Kanton Tessin und den dagegen gerichteten B. B. vom 21. Dez. 1870, s. Art. **16**, II. A, 3.

[2]) *Schollenberger*, 137.

Erwägung, dass eine solche Bestimmung höchst unzweckmässig wäre: ein Staat wird nie ohne politische oder physische Notwendigkeit einen Teil seines Gebietes an einen andern Staat abtreten oder aufgeben; ist er aber durch Krieg oder schwere politische Gefahr zu einem solchen Opfer genötigt, so hilft keine Verfassungsbestimmung dagegen Und handelt es sich darum, der Schweiz neues Gebiet einzuverleiben, so ist das wieder ein so ausschliesslich durch politische Erwägungen beherrschter Entschluss, dass es von grösster Kurzsichtigkeit wäre, eine solche vielleicht durch die Ehre oder die Sicherheit des Landes gebotene Erwerbung zum voraus zu verbieten. Solches lässt sich nicht durch Rechtssätze bestimmen. Der Staat besteht, solange er sich zu behaupten vermag; er wächst oder nimmt ab, wenn es ihm die politische Notwendigkeit gebietet. Die Abtretung schweizerischen Gebietes oder die Erwerbung fremdes durch die Schweiz ist daher durch Art. 1 weder geboten noch verboten; es gelten darüber einzig die den Verkehr der Eidgenossenschaft mit dem Ausland regelnden Normen, namentlich Art. 8 B. V. Eine Veränderung des Art. 1 würde nur notwendig, wenn das Gebiet eines ganzen Kantons abgetreten oder aufgegeben würde; aber nicht, damit die Abtretung stattfinden könne, sondern um den Wortlaut der Verfassung mit den Tatsachen in Einklang zu setzen. Denn Art. 1 enthält auch darüber keine Vorschrift, die nur ein absolutes Verbot sein könnte, ob das Gebiet eines ganzen Kantons abgetreten werden darf. Wenn dagegen ein neu erworbenes Gebiet zu einem neuen Kanton gemacht werden wollte, so müsste allerdings *zuerst* Art. 1 revidiert werden, da dies keine Frage internationaler Politik, sondern innerer Organisation ist. Von dieser Eventualität abgesehen, enthält Art. 1 keine Vorschriften darüber, welchem Kanton neu erworbenes Gebiet zuzuteilen sei.

Art. 1 B. V. sagt, welches die Kantone der Schweizerischen Eidgenossenschaft sein sollen, aber nicht, welches das Gebiet jedes Kantons sein soll; der Kanton bleibt der gleiche, auch wenn sein Gebiet Änderungen erleidet. Gebietsabtretungen unter den Kantonen sind daher durch Art. 1 nicht verboten; es sind Verträge unter den Kantonen, die gemäss Art. 7 B. V. der Aufsicht des Bundes unterstellt sind; es wäre denn, dass ein bestehender Kanton aufgehoben oder ein neuer geschaffen werden wollte. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 1 nichts vorschreibt über die *Art und Weise*, in der Gebietsveränderungen im Verhältnis zum Ausland oder unter den Kantonen stattzufinden haben. Für internationale Gebietsabtretungen oder -erwerbungen gilt Art. 8 B. V.; für interkantonale Art. 7. Es geht daraus namentlich hervor, dass die Kantone zur Abtretung von Teilen ihres Gebietes an das Ausland nicht kompetent sind, weder allein noch in Verbindung mit dem Bund (vgl. Art. 2 und 8), wie das für die Staaten des deutschen Reiches z. B. von *Seydel* allgemein behauptet wird, während *Laband* dies nur für Abtretungen im Frieden gelten lassen will.

---

[1]) A. M. *Blumer-Morel*, I. S. 201, und *Schollenberger*, 137, ohne weitere Begründung; *Rüttimann*, II, § 382.

[2]) Art. 1 der deutschen Reichsverfassung lautet: Das Bundesgebiet besteht aus den Staaten Preussen etc. Die Doktrin nimmt allgemein an, es sei damit das Gebiet des deutschen Reiches bestimmt: *Seydel*. Kommentar zur Verfassungsurkunde für das Deutsche Reich, S. 34 ff. *Laband*, I, S. 179.

Art. 2.

Der Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit des Vaterlands gegen aussen, Handhabung von Ruhe und Ordnung im Innern, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.

I. Geschichte.

Der vorliegende Wortlaut des Art. 2 geht auf die Mediationsakte zurück; Art. 1 derselben lässt in seinem zweiten Satze die 19 Kantone «gegenseitig die Gewährleistung für ihre Verfassung, ihr Gebiet, ihre Freiheit und Unabhängigkeit, sowohl gegen auswärtige Mächte als gegen die Angriffe eines Kantons oder einer besondern Partei» übernehmen. Der Entwurf eines Bundesvertrages vom 10. Mai 1814 erwähnt im 1. Absatz den Zweck des Bundes, und im 2. Absatz die wechselseitige Gewährleistung ihrer Verfassungen und (in Abs. 3) ihres Gebietes durch die Kantone in beinahe gleicher Fassung wie der Bundesvertrag vom 7. August 1815, Art. 1; vgl. oben Art. 1.

Der Entwurf von 1833, in unbedeutender Abänderung desjenigen vom 17. Heumonat 1832, trennte die Aufzählung der Zwecke des Bundes (Art. 3) von der Gewährleistungsbestimmung (Art. 5). Art. 3: «Der eidgenössische Bund hat zum Zweck: Behauptung der Unabhängigkeit und Erhaltung der Neutralität des Vaterlandes, Schutz der Freiheit und der Rechte der Eidgenossen und Beförderung ihrer gemeinsamen Wohlfahrt.» Und Art. 4 fügt hinzu: «Die Kantone verheissen sich gegenseitig für diesen Zweck Rat und Beistand, Hülfe und Schutz gegen alle Angriffe von aussen, Einer für Alle und Alle für Einen.» 1847 hatte die Tagsatzungskommission die Erhaltung der Neutralität als Bundeszweck gestrichen, und die Tagsatzung lehnte einen Antrag auf Wiederherstellung der früheren Fassung ab, mit der zutreffenden Begründung, die Neutralität sei bloss Mittel zum Zweck, nämlich zur Erhaltung der Unabhängigkeit der Schweiz; ein konstitutioneller Grundsatz sei sie aber nicht; die Schweiz müsse sich vorbehalten, aus der Neutralität herauszutreten, z. B. wenn andere Staaten sie nicht beobachten[1]). Die Bestimmung wurde durch die Tagsatzung in der heutigen Fassung angenommen. — Bei den Revisionsverhandlungen des Jahres 1871 wurde im N. R. beantragt, auch die Hebung des öffentlichen Unterrichts anzuführen; der Antrag wurde aber auf die Bemerkung hin zurückgezogen, die aufgeworfene Frage könne bei Art. 24 berücksichtigt werden[2]).

II. Auslegung[3]).

Es ist nicht sofort klar, welches die **rechtliche Tragweite** des Art. 2 ist; kommt einer so allgemeinen Angabe des Zweckes eines Staates über-

[1]) *Abschiede*, 1847, Bd. IV, S. 51.
[2]) Gedruckte Protokolle der Verhandlungen des N. R. 1871/72, Bern 1873, S. 58.
[3]) Vgl. *Blumer-Morel*, I, S. 201 ff. *Schollenberger*, a. a. O., S. 133, 138.

haupt rechtliche Bedeutung zu? Wenn es sich nicht um einen Bundesstaat, sondern um einen Staatenbund, nicht um eine Verfassung, sondern um eine Vertragsbestimmung handelte, müsste der Angabe des Zwecks, der bei der Eingehung des Vertragsverhältnisses verfolgt wurde, eine grundlegende Bedeutung beigemessen werden; denn in jedem Gesellschaftsverhältnis ist der Zweck, zu dem die Gesellschaft gebildet wurde. in erster Linie bestimmend für die Pflichten und Rechte der Mitglieder untereinander; der Zweck, zu dem die Gesellschaft geschlossen wurde, muss auch ihre ganze Tätigkeit beherrschen. Darum wird kein Privatverband und auch kein Staatenverein versäumen, in irgend einer Weise sich über seinen Zweck auszusprechen. Die Bezeichnung des Zweckes ist eine notwendige, durch nichts zu ersetzende Angabe im Gesellschaftsvertrag; die übrigen Abmachungen über die Beitragspflichten der Gesellschafter, so notwendig sie gegebenen Falls sein können, sind ohne Zweckbestimmung undenkbar und erhalten erst durch sie ihren vernünftigen Sinn und ihre wahre Bedeutung. Eine Gesellschaft ohne Zweck ist undenkbar.

Die Angabe des Bundeszwecks war daher im Bundesvertrag so wenig eine leere Formel als im ersten eidgenössischen Bunde von 1291. Art. 1 wurde allerdings durch nachfolgende Spezialbestimmungen näher ausgeführt, einschränkend und in gewissem Sinne auch erweiternd, er hatte aber doch eine gewisse rechtliche Bedeutung und Art. 2 knüpfte dann auch sofort daran die praktischen Folgerungen: «Zu Handhabung dieser Gewährleistung und zur Behauptung der Neutralität der Schweiz wird aus der waffenfähigen Mannschaft eines jeden Kantons.... ein Kontingent gebildet.» *Zu diesem Zwecke* sollen die Kantone ihre Kontingente stellen und Geldbeiträge leisten, und zu keinem andern. Gestützt auf Art. 1 des Bundesvertrages konnte man 1841 die Aufhebung der Klöster im Aargau mit dem Argumente rechtfertigen, dass der eidgenössische Bund in erster Linie zur Erhaltung der Kantone und ihrer Verfassungen geschlossen worden sei, uud bloss in zweiter Linie, um die Klöster gemäss der ihnen durch Art. XII verliehenen Garantie zu schützen, gewiss mit Recht, vorausgesetzt, dass dieses mit jenem nicht vereinbar war [1]).

Anders verhält es sich aber, wenn eine Bestimmung wie Art. 2 in einer Verfassung steht. Die Frage: Wozu? Hat ihre Berechtigung im Moment, wo ein neuer Staat, auch ein Bundesstaat gegründet wird. Diese wie jede andere Tat ist nur vernünftig, wenn sie einen Zweck hat und zwar einen Zweck, der sie rechtfertigt. Ist der Staat aber einmal aufgerichtet und seine Verfassung in Geltung getreten, so besteht er eben kraft dieser Tatsache, solange er nicht durch eine neue Tat beseitigt ist, und es ist an sich gleichgültig, zu welchem Zweck Staat und Verfassung geschaffen worden seien; sie gelten nun einmal, wie sie sind. Fragt man jetzt nach dem Zweck des Staates, so kann diese Frage entweder eine politisch-kritische sein: Rechtfertigt es sich, hat es einen vernünftigen Zweck, den gegebenen Staat aufrecht zu erhalten und weiter auszubauen, oder sollte er nicht besser durch etwas anderes ersetzt werden? Darum handelt es sich aber bei der Auslegung einer bestehenden Verfassung nicht; der Jurist hat sich an das positive Recht zu halten. Oder aber die Frage nach dem Zweck des Staates kann eine juristisch-theoretische

[1]) Vgl. *Baumgartner*, a. a. O. II, S. 451.

sein, die nämlich, welches der Zweck des Staates sei oder worin die Einheit der gegebenen Staatszwecke bestehe, von der Erkenntnis ausgehend, dass eine menschliche Institution nur dann als etwas Vernünftiges gelten kann, wenn sie in ihrem Zweck ihre teleologische Einheit findet. Die Antwort auf diese Frage läge in der Darlegung dieser Einheit des Zweckes in der vielgestaltigen Tätigkeit des Staates. Aber auch das kann hier nicht gemeint sein, schon darum nicht, weil Art. 2 der B. V. mehrere Zwecke des Bundes nennt.

Es ist aber dennoch nicht ausgeschlossen, dass in Art. 2 ein praktisch verwertbarer Rechtssatz liege: Der Zweck kann positiv den Inhalt und negativ die Grenzen der staatlichen Kompetenz bezeichnen. Dass auch dem Einheitsstaate durch die Verfassung rechtliche Grenzen gesteckt sein können, wurde oben (S. 5) bemerkt; im Bundesstaate ist die Abgrenzung seiner Kompetenzen gegenüber den Gliedstaaten sogar notwendig: und in der Aufzählung der Zwecke des Zentralstaates kann sehr wohl eine solche Abgrenzung gefunden werden [1]. Dagegen ist aber zu bemerken, dass die Ausdrucksweise diesem Gedanken nicht entspricht: wer vom Zweck eines Menschenwerkes spricht, versetzt sich in die Lage desjenigen, der das Werk geschaffen hat oder der es abändern möchte, denn zur Rechtfertigung des Werkes bedarf es der Erwähnung des Zweckes. Wer aber das Werk als etwas Gegebenes hinstellt, wie es die Verfassung tun muss, wenn sie zum Staatsvolke spricht, braucht diese Rechtfertigung nicht. Wenn daher die Verfassung in Art. 2 lediglich die Kompetenzen des Bundes gegenüber den Kantonen bestimmen wollte, so hatte sie nicht vom Zweck zu sprechen, zu dem der Bund überhaupt errichtet wurde, und wenn in dieser Angabe eine Bestimmung über die Kompetenzen des Bundes erblickt werden will, so muss man von der eigentümlichen Bedeutung des Wortes Zweck absehen.

Gegen die Auffassung des Art. 2 als einer kompetenzabgrenzenden Bestimmung spricht aber namentlich, dass die Angabe so allgemeiner Zwecke, wie es die in Art. 2 genannten sind, keine brauchbare Wegleitung darüber gibt, was in den Kompetenzkreis des Bundes und was in denjenigen der Kantone fallen soll. Aus dem Berufe des Bundes, die Unabhängigkeit des Vaterlandes gegen aussen zu wahren, könnte etwa die Militärhoheit des Bundes und seine Vertretungsbefugnis nach aussen herausgelesen werden, aber zu was befugt ihn seine Bestimmung, die Ruhe und Ordnung im Innern zu wahren, die Freiheit und die Rechte der Eidgenossen zu schützen, ihre gemeinsame Wohlfahrt zu befördern? Soll darin eine Kompetenzabgrenzung zwischen Bund und Kantonen liegen, so müsste dies die spezifische Aufgabe des Bundes im Gegensatz zu derjenigen der Kantone sein, was sicher niemand behaupten wird. Auch die Kantone stellen sich diese Aufgabe. Art. 2 kann daher nicht einmal als Wegleitung zur Auslegung anderer Bestimmungen über die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen gefunden wurden.

Art. 2 hätte in dieser Beziehung keinen verwendbaren oder höchstens einen irreleitenden Sinn neben den speziellen und eingehenden

---

[1]) *Blumer-Morel,* I, S. 204—205 *a,* und *Schollenberger,* S. 139 scheinen in der Ausdehnung der Bundeszwecke der neuen Eidgenossenschaft gegenüber dem 1815er Vertrag ein Merkmal des Bundesstaates zu erblicken; ein wichtiger Unterschied gegenüber dem früheren Recht ist es allerdings, aber nicht das spezifische Merkmal des Bundesstaates, wie oben S. 27 ausgeführt. Ähnlich *Snell,* Handbuch I, S. XXI.

Einzelbestimmungen über den Wirkungskreis des Bundes. Diese allein sind für unsere Frage massgebend; bei ihnen wurde 1848 und 1872—1874 über die Zuständigkeit des Bundes diskutiert, nicht bei Art. 2; wollte man umgekehrt die Kompetenzfrage nach Art. 2 entscheiden, so wären alle anderen, spezielleren Bestimmungen überflüssig, weil durch Art. 2 weit überholt [1]. Darum wurde ganz mit Recht die Bestimmung des Art. 2 1848, im Gegensatz zum 1833er Entwurf, vor diejenige gestellt, welche überhaupt von der Teilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen spricht, den jetzigen Art. 3.

Somit ist Art. 2 nicht praktisches Recht, sondern die bloss historisch interessante Mitteilung des politischen Gedankens, der die Gründer des neuen Bundes bei ihrem Werke geleitet hat. Art. 2 sagt nichts aus über die Kompetenzen des Bundes im Gegensatz zu denjenigen der Kantone und kann auch nicht in dieser Richtung als Hülfsmittel zur Auslegung anderer Verfassungsbestimmungen verwendet werden [2]. Trotzdem ist Art. 2 oft angerufen worden zur Begründung von Kompetenzen, die dem Bunde in keiner anderen Verfassungsbestimmung übertragen waren. Einige Fälle seien hier angeführt. Ohne dass hierüber besondere Vorschriften bestanden hätten [3], votierte die B. Vers. schon seit 1849 jedes Jahr auf dem Budgetwege bestimmte Summen für die Förderung der Wissenschaft, Künste, Industrie, Landwirtschaft, gemeinnützige Arbeiten, Handel etc. In den 60er Jahren subventionierte man auch die Alpwirtschaft, die Ausstellung von landwirtschaftlichen Produkten und Maschinen, den Obstbau, die Verbesserung der Pferde- und Rindviehrassen u. s. w. abgesehen von den für Gewässerkorrektionen und Wiederaufforstungen geleisteten Beiträgen. Sodann wurden für die allgemeinen Welt- und Landesausstellungen erhebliche Beträge ausgeworfen; 1875 kam zum ersten Mal ins Budget ein Posten (von 8000 Fr.) für Handel und Gewerbe. Diese fördernde und unterstützende Tätigkeit des Bundes wurde zunächst geregelt durch zwei B. B. vom 27. Juni 1884, der eine betr. die Förderung der Landwirtschaft durch den Bund (A. S. VII, 605), der andere betr. die industrielle und gewerbliche Berufsbildung (A. S. VII, 613.) In seiner Botschaft zum erstgenannten Beschluss (B. Bl. 1883, IV, 867) erkannte der B. R. an, dass aus Art. 2 der B. V. für den Bund weder die Pflicht fliesse, die Landwirtschaft zu unterstützen, noch das Recht, über die Materie verbindliche gesetzliche Normen aufzustellen, beides sei nur in den durch Art. 24, 25 und 65 B. V. vorgesehnen Spezialgebieten der Fall. Dagegen könne der Bund, vorausgesetzt, dass er seinen verfassungsmässigen Obliegenheiten nachgekommen sei, fördernd und anregend vorgehen durch finanzielle Unterstützungen, deren Verabfolgung

---

[1] Vgl. B. Bl. 1874, III, 833. Botschaft vom 20. Nov. 1883 über die gewerbliche Enquête, B. Bl. 1883, IV, 593; Botschaft vom 18. Juni 1901 betr. Unterstützung der Primarschule, B. Bl. 1901, III, 743. Ferner die bei *Salis*, I, Nr. 3 ff. zusammengestellten Fälle.

[2] Die Verfassung der Vereinigten Staaten von N. A. erwähnt die Zwecke der Union nur im Eingang. — In einem älteren Rekursfalle erklärte der B. R.: „Wenn der Art. 2 der B. V. die obersten Zwecke des Bundes bezeichnet, so versteht es sich von selbst und folgt namentlich aus Art. 3, dass der Bund diese Zwecke nur innerhalb der Schranken seiner Kompetenz verfolgen darf, so wie dieselben in den übrigen Artikeln vorgezeichnet sind.“ Ullmer, I, Nr. 153.

[3] Vgl. Art. 52, lit. *l*, des Entwurfes von 1832, wo es hiess: „Sie (die Tagsatzung) unterstützt nach Massgabe der vorhandenen ordentlichen Einnahmen des Bundes Unternehmungen der Gemeinnützigkeit, Wissenschaft und Künste, deren Ausführung den einzelnen Kantonen nicht möglich wäre.“

er an gewisse Bedingungen knüpfen und deren Verwendung er überwachen könne. Der B. R. bestimmte weiter, unter welchen Umständen es namentlich Aufgabe des Bundes sei, zur Unterstützung der Kantone zu intervenieren (vgl. Ber. der St. R. K., B. Bl. 1884, I, 477). Zur Begründung der Kompetenz des Bundes, das gewerbliche Bildungswesen zu unterstützen, berief sich der B. R. ebenfalls auf Art. 2 B. V. während er Art. 27 nur heranzog, um zu bemerken, dass daraus keine konstitutionellen Bedenken gegen die Unterstützung abgeleitet werden können (B. Bl. 1883, IV, 593). Der B. B. betr. die Förderung der Landwirtschaft geht aber über die vom B. R. gezeichnete Kompetenzgrenze noch hinaus, indem er den B. R. ermächtigt, die Überwachung der Weinberge, sowie die erforderlichen Schutzmassregeln gegen die Verbreitung der Reblaus und anderer Schädlinge anzuordnen und Strafbestimmungen mit Bussen bis zu 1000 Fr. aufzustellen. Diese Bestimmungen haben folgenden Ursprung: Die B. Vers. hatte schon am 27. Dez. 1875 den B. R. eingeladen, zu untersuchen, ob nicht eine Subventionierung derjenigen Kantone, denen durch die Massregeln gegen die Reblaus Kosten erwachsen, durch das Interesse des Landes und der Billigkeit geboten sei (A. S., II, 53). Der B. R. legte mit Botschaft vom 7. Dez. 1876 der B. Vers. einen Gesetzesentwurf vor, in dem er den Grundsatz aufstellte, dass die gegen Einschleppung und Verbreitung der Phylloxera zu treffenden Massnahmen von den eidg. und kantonalen Behörden vereint anzuordnen seien, den Kantonen aber von vornherein eine Anzahl Massnahmen vorschrieb (B. Bl. 1876, IV, 786). Die Kompetenz des B. R. ergebe sich durch Analogie aus dem Ganzen der B. V. und im besondern aus Art. 2 derselben (B. Bl. a. a. O., 783). Das Gesetz kam nicht zu stande; dagegen wurde am 17. Sept. 1878 der internationale Phylloxeravertrag geschlossen, den die B. Vers. am 17. Dez. 1878 genehmigte (A. S., IV, 424). Die B. Vers. lud darauf mi Beschluss vom 21. Febr. 1878 den B. R. ein, den ihr vorgelegten Gesetzesentwurf einer erneuten Prüfung zu unterbreiten, und ermächtigte ihn inzwischen zu den im B. B. vom 27. Juni 1884 vorgesehenen bereits erwähnten Massnahmen (A. S. III, 337). Von dieser Ermächtigung Gebrauch machend, erliess der B. R. am 18. April 1878 ein Vollziehungsreglement betr. die Vorkehrungen gegen die Reblaus (A. S., III, 433). Nach Annahme des B. B. vom 27. Juni 1884 und nach Erneuerung der Phylloxerakonvention am 3. Nov. 1881 wurde in Ausführung beider ein neues Vollziehungsreglement erlassen d. d. 25. Januar 1886 (A. S., IX, 3)[1]. — Dass der Bund aus der von ihm abgeschlossenen internationalen Übereinkunft betr. die Reblaus ebensowenig die Kompetenz herleiten konnte, die erwähnten imperativen Bestimmungen zu erlassen, wie aus Art. 2 B. V., wird bei Art. 8 B. V. zu erörtern sein. Das B. Gesetz betr. die Förderung der Landwirtschaft durch den Bund vom 22. Dez. 1893 (A. S. XIV, 209) mit V. V. vom 10. Juli 1894 (ibid. 287) geht über den früheren B. B. noch insofern hinaus, als es den Bund auch ermächtigt, landwirtschaftliche Versuchsstationen selbst zu errichten (Art. 4 i. f.), was allerdings auch nur als eine zweckmässigere Form der Subvention betrachtet werden kann[2].

---

[1]) Vgl. die ausführlichere Darstellung bei *Salis*, I, S. 8 u. 13 ff.

[2]) Vgl. über die Kompetenzfrage: St. B. III, S. 289, 300. Die N. R. K. hatte auch die Errichtung einer ständigen Zentralstelle für Landwirtschaft beim eidg. Landwirtschaftsdepartement vorgeschlagen. St. B. III, 113. Die Kompetenzfrage lag ähnlich bei der Er-

In ähnlicher Weise begründeten die eidgenössischen Räte die Kompetenz des Bundes zur Subventionierung und je nach Bedürfnis auch Errichtung von Handelsmuseen (B. Bl. 1890, II, 427), zur Errichtung eines schweiz. Landesmuseums (B. Bschl. vom 27. Juni 1890, A. S. XI, 690); und bei der Verabfolgung der zahlreichen Subventionen zur Förderung von Kunst und Wissenschaft. Bei der Errichtung einer schweizerischen Landesbibliothek (B. Bschl. vom 28. Juni 1894, A. S., XIV, 435) wurde die Kompetenzfrage nicht diskutiert.

Art. 3.

Die Kantone sind souverän, soweit ihre Souveränetät nicht durch die Bundesverfassung beschränkt ist, und üben als solche alle Rechte aus, welche nicht der Bundesgewalt übertragen sind.

I. Geschichte.

Die Mediationsverfassung bestimmte in Art. 12: «Die Kantone üben alle Gewalt aus, die nicht ausdrücklich der Bundesbehörde übertragen ist,» eine Bestimmung, die sich wohl an Art. II der Konföderationsartikel der Vereinigten Staaten von 1781 anlehnte: «Jeder Staat behält seine Souveränität, seine Freiheit, seine Unabhängigkeit und alle Gewalten, Gerichtsbarkeiten und Rechte, welche durch diese Konföderation nicht ausdrücklich den im Kongress versammelten Vereinigten Staaten übertragen (delegated) worden sind» oder an das X. Amendement der Unionsverfassung: «Die Gewalten, welche durch die Verfassung weder den Vereinigten Staaten übertragen noch den Staaten entzogen worden sind, bleiben den Staaten oder dem Volke vorbehalten»[1]. Der Bundesvertrag von 1815, der unter den XXII *souveränen* Kantonen der Schweiz geschlossen war, enthielt keine ähnliche Bestimmung. Dagegen nahm der Entwurf von 1833, Art. 2, eine der unsrigen ähnliche Bestimmung auf, in der sich bereits die theoretische Streitfrage der Souveränität wiederspiegelt: «Die Kantone sind souverän und üben als solche alle Rechte aus, die nicht ausdrücklich der Bundesgewalt übertragen sind. . . . . .»

Im Jahre 1848 wurde das Wort: «ausdrücklich» weggelassen und die Worte: «soweit ihre Souveränität nicht durch die B. V. beschränkt ist», eingefügt, ohne dass die Protokolle der Kommissions- und der Tagsatzungsverhandlungen den Grund dieser Änderung angeben[2].

---

richtung der landwirtschaftlichen Versuchsstation i. J. 1877, der Anstalt zur Prüfung der Festigkeit der Baumaterialien i. J. 1885, der forstwirtschaftlichen Versuchsstation i. J. 1880, die der polytechnischen Schule eingegliedert wurden, sowie der meteorologischen Zentralanstalt i. J. 1880: s. unten, Art. 27. — *Mann,* Die Bundesverfassung vom Jahre 1874, Bern 1888, S. 73.

[1]) Vgl. *Rüttimann,* Das nordamerikanische Bundesstaatsrecht verglichen mit den politischen Einrichtungen der Schweiz, Bd. I, S. 28. *Blumer-Morel* I, S. 208 ff.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 52.

II. Auslegung.

1. Wenn Art. 3 von **geteilter Souveränität** spricht, so kann nicht die Souveränität im wissenschaftlichen Sinne gemeint sein; denn diese ist (wie oben S. 15 ausgeführt) eine Eigenschaft, die nicht geteilt werden kann. Art. 3 will vielmehr von der Verteilung der staatlichen Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen sprechen [1]), dabei aber allerdings auch diese letzteren als souveräne Staatswesen charakterisiert haben. Hier sei zunächst vom ersten Punkte die Rede.

Die Meinungen gehen darüber auseinander, ob Art. 3 der B. V. zu gunsten der Kompetenz (Souveränität) der Kantone eine **Präsumption** aufstelle oder nicht. *Blumer-Morel* (I. S. 210) zieht aus der Weglassung des Wortes «ausdrücklich» den Schluss, die Souveränität des Bundes erstrecke sich nicht bloss über diejenigen Angelegenheiten, die ihm von der B. V. selbst mit dürren Worten zugeschieden seien, sondern auch noch über andere Verhältnisse, deren einheitliche Regelung als Bedürfnis erscheine für die Erfüllung der ihm obliegenden Aufgaben. Eine Präsumption bestehe somit nicht zu gunsten der Kantone, sondern die Kompetenzfrage sei in jedem einzelnen Falle nach allgemeinen Interpretationsregeln zu entscheiden [2]). *Schollenberger* (S. 148) dagegen nimmt an, die Präsumption sei für die kantonale Kompetenz, weil Art. 3 und die folgenden der B. V. dem Bunde aus der unbegrenzten Fülle der Staatsgewalt *bestimmte* Kompetenzen zuteilen, woraus folge, dass den Kantonen alle anderen verbleiben. Die richtige Auffassung ist m. E. folgende: Da die Kantone bei der Gründung der neuen Eidgenossenschaft schon vorhanden waren und man dem Bund nur diejenigen Befugnisse übertragen wollte, deren Vereinheitlichung ein unabweisbares Bedürfnis der Zeit war, so waren die dem Bund zugewiesenen Kompetenzen bestimmt zu formulieren und einzeln aufzuführen, wie es auch geschah, während dadurch den Kantonen die nicht näher zu bestimmende übrige Masse staatlicher Kompetenzen verblieb. Es spricht also allerdings die Präsumption für die kantonale Souveränität in dem Sinne, dass, wo die B. V. nichts bestimmt, die Kantone kompetent geblieben sind [3]). Bestimmt aber die B. V. etwas, so ist die Bestimmung nach allgemeinen Interpretationsregeln auszulegen, und nicht im Zweifel zu gunsten der kantonalen Kompetenz. Das ist der Sinn der Weglassung des Wortes «ausdrücklich» in der Verfassung von 1848. Es soll hiermit auch nicht gesagt sein, dass es zur Begründung der Bundeskompetenz einer ausdrücklichen Bestimmung der B. V. bedürfe; es genügt, dass sich die Bundeskompetenz auch nur durch logische Schlussfolgerung aus der Bundesverfassung nach richtiger Auslegung ergebe.

Dies ist die Rechtslage auf Grund der Verfassung, wie sie ist; politisch gesprochen aber, vom Standpunkt der Verfassungsentwicklung aus betrachtet, ist die Präsumption zu gunsten des Bundes: wenn sich die Grenze der Kompetenzen im Wege der Verfassungsrevision zwischen Bund und Kantonen in Zukunft verschiebt, so wird wahrscheinlich der Bund an Boden gewinnen und die Kantone verlieren. Diese politische

---

[1]) Art. 3 spricht dagegen nicht von dem ganz verschiedenen Verhältnis der Kantone zu einander, wie das B. Ger. anzunehmen scheint, XXIX, 418.

[2]) *Orelli*, S. 26, scheint anzunehmen, die Präsumption spreche für den Bund.

[3]) Vgl. B. Ger. XXIII, S. 1341; XXIV, 253.

Perspektive darf aber die juristische Betrachtung nicht beeinflussen, so wenig als die Unzweckmässigkeit der Kantonszuständigkeit als Argument gegen diese Zuständigkeit nach positivem Recht gelten kann.

Aus Art. 3 geht des weitern hervor, dass das **Bundesrecht** dem kantonalen Recht **vorgeht**: denn wenn die Kantone nur noch diejenigen Rechte (Kompetenzen) ausüben können, die nicht auf die Bundesgewalt übertragen worden sind, so sind sie in diesem letzteren Gebiete gar nicht mehr zuständig, der Bund ist es allein, und sein Recht ist daher nicht bloss subsidiäres Recht. Bundesrecht, sofern es von zuständiger Stelle erlassen und der Bund überhaupt zuständig ist, geht als solches dem kantonalen vor, gleichgültig, ob es Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht sei, und ob das damit konkurrierende kantonale Recht niederer Ordnung sei (vgl. übrigens Art. 2 der Ü. B.). Das Vorgehen des kantonalen Rechtes wäre mit dem staatlichen Charakter der Eidgenossenschaft nicht vereinbar[1]).

2. Was die **Art der Kompetenzverteilung** betrifft, so lässt sich ein dreifaches Verhältnis unterscheiden:

a. In einer Anzahl von Gebieten besitzt der Bund die vollständige (nicht immer die ausschliessliche) Kompetenz, derart, dass er sowohl die materiellen Normen erlässt, als sie auch ausführt und anwendet; dies ist der Fall für die auswärtigen Angelegenheiten (Art. 8, 9, 10) und für das Militär (Art. 18, 19, 20, 21) zum grösseren Teil, für die Eisenbahnen (Art. 26), höhere Unterrichtsanstalten (nicht ausschliesslich, Art. 27, Abs. 1), das Zollwesen (Art. 28), das Alkoholmonopol (Art. 32 [bis]), die Beaufsichtigung des Geschäftsbetriebs von Auswanderungsagenturen und Privatversicherungsanstalten (Art. 34, Abs. 2), Post und Telegraph (Art. 36), das Münzregal (Art. 38), das Banknotenmonopol (Art. 39) und das Pulverregal (Art. 41).

b. In anderen Gebieten stellt der Bund das materielle Recht (ganz oder teilweise) auf, überlässt aber die Ausführung, sofern es einer solchen bedarf, den Kantonen; in diese Kategorie gehört das Militär (zum kleinern Teil, vgl. Art. 20 und 21), die Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei (Art. 24), die Gesetzgebung über Fischerei und Jagd, u. a. (Art. 25), die Fabrikgesetzgebung (Art. 34, Abs. 1), die Oberaufsicht über die Strassen und Brücken (Art. 37, vgl. 23, Abs. 3), Mass und Gewicht (Art. 40), Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes (Art. 53), das Heimatlosenwesen (Art. 68), die Gesetzgebung über die gemeingefährlichen Epidemien und Viehseuchen (Art. 69) und z. T. die Fremdenpolizei (Art. 70). Nicht überall ist diese Dienstleistung der Kantone gegenüber dem Bunde durch die Verfassung ausdrücklich vorgesehen, z. B. nicht in bezug auf die Arbeit in den Fabriken, namentlich nicht in bezug auf die verschiedenen in Art. 64 vorgesehenen Bundesgesetze, sofern sie zu ihrer Anwendung der Mitwirkung administrativer Behörden und Einrichtungen bedürfen. Bald sind diese Behörden kantonale, bald eidgenössische; das Handelsregister, in Zukunft wohl auch das Grundbuch und andere öffentliche Register, die Betreibungs- und Konkursämter und die mit der Handhabung der Handelsreisendenkontrolle betrauten Amtsstellen sind durch Bundesrecht postulierte und z. T. normierte Einrichtungen, die aber in hierarchischer Beziehung im kantonalen Behörden-

[1]) Vergl. *Laband* a. a. O. I, S. 88.

organismus stehen; die zur Vollziehung der Bundesgesetze über geistiges Eigentum erforderlichen Rechtspolizeieinrichtungen werden dagegen vom Bunde gestellt und stehen unter seiner Amtshoheit. Geschichtlich erklärt sich die Verschiedenheit sehr leicht dadurch, dass beim Inkrafttreten der Bundesgesetze über das Obligationenrecht, über die Schuldbetreibung und Konkurs, über die Patenttaxen der Handelsreisenden, sowie auch über den Zivilstand und die Ehe, in allen oder doch einzelnen Kantonen schon ähnliche Einrichtungen bestanden, wie sie das Bundesgesetz forderte, während die Kantone vor der Bundesgesetzgebung den Schutz des geistigen Eigentums s. z. s. nicht kannten. Rechtlich aber ist die Sache so aufzufassen, dass die Verfassung, wo sie dem Bund die Gesetzgebung in einem Gebiete zuerteilte, ihm in der Regel auch die Kompetenz erteilen wollte, auf dem Wege der Gesetzgebung zu bestimmen, wem die Ausführung des Gesetzes zustehe und obliege. Die Kompetenz des Bundes ist hier wie anderwärts nicht eine ausschliessliche, in dem Sinne, dass die Kantone von Verfassungs wegen inkompetent wären; sie bleiben vielmehr kompetent in dem Masse, als der Bund seine Kompetenz nicht ausübt.

Hierher gehören auch alle diejenigen Bundesgesetze, die durch kantonale Straf- und Zivilgerichte ausgelegt und angewendet werden, zunächst die Rechtsgesetze des Bundes (vgl. Art. 64 und 64 bis), sodann die verschiedenen Verwaltungs- und Verwaltungspolizeigesetze, deren Übertretungen durch kantonale Gerichte zu beurteilen sind; nur ausnahmsweise ist ein eidgenössiches Gericht zuständig (vgl. Art. 64, 110 und 112; O. G. vom 22. März 1893, Art. 105 ff., 125 ff.).

c. In einem dritten Gebiete endlich sind die Kantone grundsätzlich souverän geblieben, in Gesetzgebung und Verwaltung; sie sind aber in der Betätigung ihrer Souveränität beschränkt durch Grundsätze des Bundesrechts. Solche Einschränkungen enthalten die verfassungsmässig garantierten Individualrechte, vor allem die Gleichheit vor dem Gesetze (Art. 4 und 60), ferner: Art. 27 im Unterrichtswesen, Art. 31 in der Handels- und Gewerbepolizei, Art. 43, 44 und 45, 62 und 63 im Niederlassungsrecht und in der Regelung der politischen Rechte der Bürger; Art. 46 im Steuerrecht, Art. 49 und 50 im Kirchenrecht, Art. 53, Abs. 2, im Begräbniswesen, Art. 54 im Eherecht, Art. 55 im Pressrecht, Art. 56 im Vereinsrecht, Art. 57 im Petitionsrecht, Art. 58 und 59 (Gerichtsstand) und Art. 61 (Urteilsvollziehung) im Prozessrecht.

Die B. V. enthält sodann eine Reihe von absoluten Vorschriften, namentlich Verboten polizeilicher Natur, welche von den Kantonen in den ihnen vorbehaltenen Verwaltungsgebieten einzuhalten sind. Dahin ist zu rechnen: die Pflicht der Kantone, ihre Verfassungen gewissen Grundsätzen gemäss zu gestalten (Art. 6), das Verbot stehender Truppen (Art. 13), das Schächtverbot (Art. 25 bis), das Verbot der Spielbanken (Art. 35), das Jesuitenverbot und das Verbot der Errichtung neuer Klöster (Art. 51 und 52), die Verfügung über Begräbnisplätze (Art. 53, Abs. 2), die Abschaffung des Schuldverhafts (Art. 58, Abs. 3).

In allen drei Kategorien von Verfassungsbestimmungen, namentlich aber in der dritten, finden sich Grundsätze, die nicht nur die Kompetenz regeln, sondern in der Sache selbst positive Regeln aufstellen und die grundsätzlich sowohl für den Bund wie für die Kantone verbindlich sind, wenn sie sich auch öfter an die kantonale Staatsgewalt richten

als an die eidgenössische; sie bewirken somit keine Unterordnung der kantonalen Staatsgewalt unter die Staatsgewalt des Bundes. Eine andere Frage ist, ob eine solche Unterordnung darin liegt, dass die Kantone in der Beobachtung dieser verfassungsmässigen Vorschriften durch die Organe des Bundes kontrolliert werden. Vgl. unten sub 4.

Es geht aus den vorstehenden Ausführungen hervor, dass die Kompetenzgrenze zwischen Bund und Kantonen keine so klare und praktisch leicht einzuhaltende ist wie z. B. in den Vereinigten Staaten von Nordamerika zwischen der Union und den Staaten, oder auch wie zwischen dem Deutschen Reich und den Partikularstaaten. Rechtlich muss sich zwar die Grenze genau bestimmen lassen; die Bundeskompetenzen greifen aber so vielfach in die kantonalen hinüber, dass die Grenzlinie eine sehr gewundene und in der Praxis schwer zu erkennende wird. Der Unterschied gegenüber dem Deutschen Reich besteht namentlich darin, dass die drittgenannte Kategorie von allgemeinen, die Tätigkeit der Einzelstaaten von Bundesverfassungs wegen beherrschenden Grundsätze in der Reichsverfassung fehlen; beide, die schweizerische Bundes- und die deutsche Reichsverfassung unterscheiden sich von der Verfassung der Vereinigten Staaten von N. A. dadurch, dass sie die Kompetenzausscheidung der zweiten Art kennen, während die nordamerikanische Verfassung die Unionsgesetze überall auch durch Unionsverwaltungs und -gerichtsbehörden anwenden lässt.

Es ergibt sich daraus für Bund und Kantone die Notwendigkeit einer gewissen Nachgiebigkeit in der Ausübung ihrer beiderseitigen Kompetenzen; ein rücksichtsloses Festhalten des Rechtsstandpunktes würde zu endlosen Konflikten und Beeinträchtigungen führen: soll ein so kompliziertes Getriebe wie der schweizerische Bundesstaatsorganismus im Gange erhalten werden, so bedarf das juristische Räderwerk dieses Tropfens Öl. Die freundeidgenössische Gesinnung, die früher das mangelnde rechtliche Band unter den Kantonen ersetzen musste, oft aber nicht ersetzte, ist heute nicht weniger am Platze, wenn das die Kantone umschlingende starke Band sie nicht drücken soll. Es ist daher überall Pflicht des Bundes, bei der Ausübung seiner Verwaltungstätigkeit auf die praktischen Notwendigkeiten der kantonalen Verwaltung Rücksicht zu nehmen, und die Kantone ihrerseits müssen in der Durchführung ihrer Steuer- und Polizeimassregeln die Bedürfnisse der eidgenössischen Verwaltungszweige in Betracht ziehen. Die Einordnung der verschiedenen Kompetenzen in den Rahmen *eines* Gesamtstaates ergibt übrigens auch vom rein juristisch formalen Standpunkt aus die Notwendigkeit, die zu scharfen Kanten der einzelnen Institute gegeneinander abzuschleifen, auch wo die B. V. oder Gesetzgebung die Art des Ausgleichs nicht normieren. Das B. Ges. betr. die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft vom 23. Dez. 1851 gleicht einige Konflikte zwischen der Staatsgewalt des Bundes und der Steuer- und Polizeihoheit der Kantone aus. Ähnliche Konflikte können sich aber noch mancherorts im Gebiete der Verwaltung ereignen; wenn sich eine Versöhnung der Gegensätze nicht anders herbeiführen lässt, so wird dasjenige Institut den Vorrang haben müssen, das seinem Zwecke nach höher zu stellen ist. Fragt es sich z. B., ob das zur Ernährung eidgenössischer Truppen nötige Salz dem kantonalen Salzregal auf dem Gebiete des betr. Kantons unterworfen ist, so handelt es sich um einen

Konflikt zwischen einem Institut, das der Landesverteidigung dient, und einem solchen, das bloss fiskalischen Zwecken dient, wobei das erstere seinem Zwecke nach als das höherstehende erscheint. Fragt es sich aber z. B., ob die eidg. Postbeamten auf Ersuchen kantonaler Gerichtsbehörden Briefe herauszugeben oder zu öffnen haben, so steht das postalische Interesse einer ungestörten Briefbeförderung und der Wahrung des Briefgeheimnisses dem höheren Interesse der Rechtspflege gegenüber und muss ihm weichen. Die Lösung ist aber oft mangels positiver Vorschriften äusserst schwierig. Solche Konflikte sind dem Bundesstaate nicht eigentümlich; sie kommen auch unter den verschiedenen Verwaltungszweigen des Einheitsstaates vor; im Bundesstaate nehmen sie aber den Charakter eines Verfassungsstreites zwischen Zentral- und Gliedstaat an.

3. Die Grundsätze der B. V. über die Ausscheidung der Bundeskompetenzen von denjenigen der Kantone sind **zwingendes Recht.** Als in den Jahren 1847 und 1872—1874 die Tagsatzung und die B. Vers. die Grenzen der Bundesgewalt erörterten und schliesslich so festsetzten, wie sie heute sind, geschah es, weil sie erachteten, eben diese Verteilung der Staatsgewalt diene am besten dem Wohle des Landes; Erwägungen des allgemeinen Landesinteresses leiteten sie ebensowohl, indem sie den Kantonen gewisse Kompetenzen liessen, als indem sie andere dem Bunde übertrugen. Man braucht nur die Verhandlungen der Tagsatzung oder der eidgenössischen Räte über die Militärartikel zu lesen, um sich davon zu überzeugen: bald wird das Bestehenlassen einer beschränkten Militärhoheit der Kantone als im militärischen Interesse liegend hingestellt, bald wird sie im politischen Interesse der Erhaltung der Kantone und des Föderativprinzips gefordert, immer aber im Namen eines höheren Landesinteresses. Es darf überall nichts anderes vorausgesetzt werden, als dass, wo die B. V. die Kantone mit ihrer eigenen Aufgabe aufrecht erhielt, sie dies aus Gründen des öffentlichen Wohls tat, denn nichts hinderte sie ja, die Kantone ganz aufzuheben. Es ergibt sich daraus, dass es weder den Kantonen. noch dem Bund zusteht, auf dem Wege gemeinsamer Vereinbarung die Grenze ihrer Kompetenzen zu verschieben; dass die den Kantonen durch die Verfassung überlassenen Befugnisse ihnen bleiben müssen, solange die Verfassung nicht revidiert wird, und dass es ihnen nicht zusteht, sich ihrer Aufgabe zu lasten des Bundes zu entledigen. Die Frage, ob solches im Interesse des Landes wäre, ist durch die B. V. für einmal entschieden worden und darf nicht auf anderem Wege noch einmal und in anderem Sinne entschieden werden. Ein anderes wäre es, wenn die Kompetenzen des Bundes auf dem Wege eines Vertrages festgesetzt worden wären: dann könnten sie auch auf dem gleichen Wege erweitert werden.

Es könnten daher die Kantone nicht, wie es die meisten deutschen Partikularstaaten getan, ihre Militärkompetenzen auf die Zentralgewalt übertragen, und die Anregung, die in diesem Sinne im Grossen Rate des Kantons Bern 1887 gemacht wurde, wird von *Blumer-Morel,* I, S. 212—213, und *Leo Weber,* Zeitschr. des bernischen Jur.-V., XXV, S. 1, mit Recht als verfassungswidrig bezeichnet.

Ein Verzicht auf eine verfassungsmässige Kompetenz war es auch, wenn nicht formell, so doch materiell, als der Kanton Schwyz i. J. 1876

verlangte und erhielt, dass sein ganzes Gebiet unter die forstpolizeiliche Oberaufsicht des Bundes gestellt werde, obschon der damalige Art. 24 B. V. dem Bund dieses Oberaufsichtsrecht nur im Hochgebirge zuschrieb (vgl. den in Abänderung des B. Ges. vom 24. März 1876, Art. 2, gefassten B. B. vom 9. Juni 1877, A. S. III, S. 88).

Es fragt sich, ob auch eine verfassungswidrige Verschiebung der Kompetenzgrenzen zwischen Bund und Kantonen darin liegt, dass der Bund den Kantonen *Subventionen* erteilt zu Zwecken, die er selber direkt nicht verfolgen dürfte.

Im Jahre 1884 stellten die Kantone Bern, Solothurn und Baselland in einer gemeinschaftlichen Eingabe das Gesuch, es möchte der Bund an Aufforstungen und Wasserbauten im Jura gleich wie in den Alpen Unterstützungen gewähren. Der B. R. bemerkte in seiner Botschaft vom 1. Juni 1888 (B. Bl. 1888, III, S. 297), die Oberaufsicht des Bundes erstrecke sich bereits nach Art. 1, lit. *b*, des Wasserbaupolizeigesetzes vom 22. Juni 1877 auf Gewässer ausserhalb des eidgenössischen Forstgebietes, und es seien auch schon zu wiederholten Malen Bundesbeiträge zu Flusskorrektionen ausserhalb des erwähnten Gebietes gewährt worden [1]. Tatsächlich kam die Oberaufsicht auch nur darauf hinaus, dass die Kantone, welche Subventionen für Korrektion von Gewässern ausserhalb des eidg. Forstgebietes verlangten, auch für diese Gewässer die Oberaufsicht des Bundes anerkennen mussten. Und der B. R. schlug der B. Vers. vor, ohne Revision der B. V., Bundesbeiträge auch an Aufforstungen ausserhalb des eidg. Forstgebietes zu verabfolgen, sofern die betr. Kantone die im Gesetze vom 24. März 1876 festgesetzten Verpflichtungen für den ganzen Kanton oder einen genau begrenzten Kantonsteil dauernd übernehmen wollten.

Der B. R. erkannte übrigens später selbst an, dass das vorgeschlagene Verfahren bezüglich der Forstpolizei, sowie das bisher bei Gewässerkorrektionen befolgte, sofern es sich weder um Wildwasser (Art. 24, Abs. 2) noch um Werke handle, die einen grossen Teil des Landes interessieren (Art. 23, Abs. 1), nicht korrekt sei [2]; als die Sache 1895 neuerdings vor die eidg. Räte kam, beantragte der B. R., den Art. 24, Abs. 1, B. V., mit der Praxis in Einklang zu stellen durch Streichung der Worte: «im Hochgebirge», was auch beschlossen wurde.

Die gleiche Frage erhob sich bei der Diskussion der Motion *Curti* vom 5. Juni 1893 (St. B., Bd. III, p. 1 ff.) betr. die Subventionierung der Primarschule durch den Bund. Der B. R. nahm später in seiner Botschaft vom 18. Juni 1901 (B. Bl. 1901, III, 738 ff.) den Standpunkt ein, Art. 27 verbiete die finanzielle Unterstützung der Primarschule durch den Bund nicht, namentlich gehe dies nicht a contrario aus Abs. 1 hervor; die positive Kompetenz leitete er aus Art. 2 (Beförderung der gemeinsamen Wohlfahrt) ab, unter Berufung auf ähnliche frühere Vorgänge. Letzteres Argument ist u. E. hinfällig (s. oben S. 58). Die Frage ist auch hier wieder, ob der Bund Anstalten des kantonalen Wirkungskreises finanziell unterstützen darf. Diese Frage ist zu verneinen. Man macht

---

[1]) Vgl. den ersten solchen Fall unter der B. V. von 1874, Botschaft des B. R. vom 20. Aug. 1881 (B. Bl. 1881, III, 731).

[2]) Vgl. Botschaft des B. R. v. 14. Nov. 1893 B. Bl. 1893, V, S. 9; St. B. 1895, S. 244 ff.; Votum *Schobinger*, der die Verfassungswidrigkeit der bisherigen Praxis bestritt.

dafür geltend, dass kein Kanton verpflichtet ist, eine solche Unterstützung anzunehmen, dass er sich durch Verschmähung derselben seine volle Selbständigkeit wahren kann. Allein der Satz volenti non fit injuria findet hier nicht Anwendung; ob die Kantone, um deren Souveränität es sich handelt, einwilligen oder nicht, ist gleichgültig, sofern es richtig ist, dass die Grundsätze über die Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen zwingendes Recht sind. Die Subventionierung einer der Wirkungssphäre der Kantone vorbehaltenen Einrichtung ist aber schon an sich eine Überschreitung der Bundeskompetenz, einmal weil der Bund auch seine Mittel nicht zu Zwecken verwenden soll, welche die Verfassung ausserhalb seines Wirkungskreises gestellt hat; dass er zufälligerweise die Mittel dazu besitzt, ändert nichts an der Sache. Sodann liegt ein Eingriff in die kantonale Kompetenzsphäre darin, dass der Bund die Unterstützung, wie er es nicht anders tun kann, nur unter gewissen Bedingungen gibt, welche die Kantone in ihrer Bewegungsfreiheit einschränken und die er schliesslich nach seinem Belieben stellen kann. Auch das geschieht nur mit Einwilligung der Kantone; aber darf der Bund eine rechtlich unerhebliche und von dem Kanton bundesverfassungswidrig gegebene Einwilligung benützen, um auf einem Gebiete seinen Einfluss geltend zu machen, das ihm die Verfassung vorenthielt? Das Endresultat ist doch ein dem Willen der Verfassung widersprechendes, und der Bund handelt dem Geiste der B. V. zuwider, wenn er dieses Endresultat auch indirekt und durch Mittel zu erreichen sucht, die an sich erlaubt sind. Das ist der Rechtsstandpunkt [1]. Mag er auch zu rigoros erscheinen gegenüber den drängenden Anforderungen des Lebens, so ist es doch gut, dass man sich ihn vergegenwärtige (vgl. auch die im Art. 2 angeführten Fälle von Kompetenzüberschreitungen).

Es kommt umgekehrt häufig vor, dass die B. V. dem Bund eine Kompetenz zuschreibt, von der er nicht oder nicht sofort Gebrauch macht. Auch hier ist die Grenze zwischen Bundes- und Kantonskompetenz zwingenden Rechts, in dem Sinne, dass was die Verfassung darüber bestimmt, nicht durch Gesetz oder Vereinbarung abgeändert werden kann. Die Verfassung selbst will aber dem Bund häufig mit der Kompetenz nicht auch die Pflicht übertragen, die kantonale Hoheit sofort durch seine eigene zu verdrängen. Dass dies der Sinn vieler Kompetenzübertragungen ist, bestätigen die konstante Praxis und Art. 2 der Ü. B.

4. Nach den Ausführungen über das positive Recht betr. die materiellen Kompetenzen des Bundes ist noch die *theoretische* Frage zu beantworten, ob **die Kantone im staatsrechtlichen Sinne als souverän zu bezeichnen seien.**

Wie schon sub Ziffer 2 bemerkt, sind die Kantone darum nicht weniger souverän, weil sie ihre Existenz und ihre Rechtsstellung im schweizerischen Bundesstaate aus der B. V. ableiten; es ist dies ja das gemeinsame rechtliche Fundament des Bundes und der Kantone; wenn die Kantone nur nicht laut dieser Verfassung der Staatsgewalt des Bundes unterworfen sind, dem Bunde zu gehorchen haben und ihm verantwortlich sind. Darauf kommt es an, wie in der Einleitung zu zeigen versucht wurde. In einer Reihe von Gebieten sind nun, wie oben unter Ziffer 2 ausgeführt, die Kantone an die vom Bundesgesetzgeber

[1]) Ähnlich; *Rüttimann,* II, § 838.

aufgestellte objektive Rechtsnormen gebunden. In andern Gebieten haben sie aber das ausschliessliche Gesetzgebungsrecht und sind für den Gebrauch, den sie davon machen, niemand verantwortlich. Allerdings haben sie auch hier gewisse absolute Normen der B. V., namentlich diejenigen, welche subjektive Rechte der Bürger begründen, einzuhalten; dieser Umstand allein spricht aber nicht gegen die Souveränität der Kantone, gerade weil die den Kantonen gesetzten Schranken verfassungsrechtliche und nicht gesetzesrechtliche sind. Der Bund, ein Geschöpf der Verfassung, kann diese Verfassungsvorschriften weder mehren noch mindern, er muss sie lassen, wie sie sind, er muss sich ihnen gelegentlich selber unterziehen.

Bedenklich wird aber die Sache dadurch, dass die Anwendung dieser Bestimmungen der gerichtlichen oder administrativen Kontrolle der Bundesorgane unterstellt ist. Die Kantonsverfassung wird auf ihre Übereinstimmung mit der B. V. durch die B. Vers geprüft (Art. 6), die Beobachtung der von Amts wegen anzuwendenden Verfassungsgrundsätze wird vom B. R. überwacht (Art. 102, 2°) und die Missachtung von verfassungsmässig garantierten Individualrechten kann vor dem B. Ger. oder dem B. R. geltend gemacht werden (Art. 113, 3°). Es liegt darin unzweifelhaft eine Beschränkung der kantonalen Selbstbestimmbarkeit; die Kantone sind *insofern* dem Bunde darüber Rechnung schuldig, welchen Gebrauch sie von ihrer Autonomie machen, als es sich um Beobachtung der Grundsätze der B. V. handelt. Ihre Stellung ist in diesem Stücke derjenigen von Gemeindeverbänden ähnlich, denen in der Staatsverfassung ein gewisser Grad von Selbständigkeit gewährleistet ist, die aber über den Gebrauch, den sie von ihrer Autonomie machen, den staatlichen Aufsichtsorganen Rede und Antwort zu stehen haben. Die Gemeinden sind der Staatsgewalt untergeordnet, obgleich ihnen möglicherweise durch die für den Staat selbst verbindliche Verfassung, ein für den Staat unantastbares Mass von Autonomie gegeben ist. Die Stellung der Kantone gegenüber dem Bunde ist aber von der Stellung autonomer Gemeinden im Staate dadurch wesentlich verschieden, dass die Bundesorgane seitens der Kantone nur die Einhaltung bestimmter Grundsätze zu kontrollieren haben, die die Kantone in ihrer Selbstbestimmung allerdings einnehmen, das Gebiet ihrer freien Tätigkeit verringern, aber nicht aufheben. Halten die Kantone diese Schranken ein, so sind sie für den positiven Gebrauch, den sie im übrigen von ihrer Kompetenz machen, dem Bunde nicht verantwortlich [1]). Die Gemeinde dagegen, so unabhängig sie organisiert sein mag, ist dem Staat stets auch für das Endresultat ihrer autonomen Verwaltung verantwortlich; der Staat behält sich stets die Prüfung vor, ob der durch die Gemeinde kraft ihres Selbstverwaltungsrechtes geschaffene Zustand mit dem Wohl des Ganzen vereinbar ist. Verzichtet der Staat darauf, besitzen die Gemeinden ein verfassungsmässig garantiertes Feld der Selbstbestimmung, auf dem ihre positiven Leistungen der Kontrolle einer höheren Gewalt entzogen sind, so sind sie nicht mehr Gemeinden, sondern Staaten. Die Kantone aber sind, sofern sie sich an die Verfassungs-

---

[1]) Es kann daher nicht zum Beweise, dass eine kantonale Einrichtung dem Grundsatze der materiellen Rechtsgleichheit widerspricht, darauf verwiesen werden, dass im Bundesrecht auf gleichem Gebiete andere Grundsätze gelten, z. B. bezügl. der politischen Rechte der Bürger.

grundsätze halten, die allerdings etwas bedrohlich in das Feld ihrer freien Tätigkeit hineinragen, dem Bund über die Art und Weise, wie sie ihre Freiheit gebrauchen oder nicht gebrauchen, über das Endresultat ihrer Verwaltung nicht verantwortlich. Bedrohlich ist namentlich der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze, aber nicht unvereinbar mit der kantonalen Souveränität. Im Steuerwesen z. B. haben die Kantone den Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz (Art. 4 und 60), denjenigen der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31) und das Verbot der Doppelbesteuerung zu berücksichtigen. Welches Steuersystem und welche Gesichtspunkte sie der Verteilung der Steuern zu Grunde legen, sofern sie nicht willkürliche sind, bleibt ihnen anheimgestellt, und die kantonalen Behörden allein sind dem Volke dafür verantwortlich, dass das gewählte Steuersystem das Wohl des Landes nicht untergrabe. Ein Rechtsmittel gegen eine verkehrte, ruinöse Gesetzgebungspolitik des Kantons gibt es nicht. Die Kantone sind souverän und die Kehrseite dieses schönen Titels ist, dass es keine Remedur gegen den unverständigen Gebrauch ihrer Kompetenzen gibt; die Verfassung ging eben, indem sie die Souveränität der Kantone, auf beschränktem Gebiet, anerkannte, von der Voraussetzung aus, sie besitzen die nötigen Eigenschaften des Willens und des Verstandes, um sich selber zu regieren, sie seien politisch handlungsfähig; zeigt sich der Kanton dessen unfähig, sucht der Kantonsbürger gegen seine Regierung Schutz bei einer höheren Instanz, so hat auch die kantonale Souveränität ihre innere Berechtigung verloren. Die Beschwerden wegen Verletzung des Art. 4 B. V. sind dafür ein Symptom; darin liegt sein politisches Interesse.

Eine ähnliche Auffassung, wie die oben vertretene, lehrt *Dubs* (I, 28; II, 23 ff.), indem er die Souveränität als das Recht der freien Selbstbestimmung der staatlichen Persönlichkeit auf dem ihr eigentümlichen Zweckgebiete definiert, und die Souveränität den Kantonen gleich wie dem Bunde vindiziert. Die Theorie, dass sowohl Kantone als Bund souverän sind, ist in der Schweiz die herkömmliche, s. z. s. landläufige; vgl. *Rüttimann* I, 49; *Kaiser* III, 19, 152; *Adams*, S. 27 f.

Nach *Blumer-Morel* (I, S. 213 ff.) sind die Kantone wohl Staaten, aber nicht souveräne; wir können uns dieser Ansicht nicht anschliessen, weil u. E. ein Staat ohne Souveränität (im staatsrechtlichen Sinne) nicht denkbar ist [1]).

Borel [2]) spricht sich für die Unteilbarkeit der Souveränität aus, die er mit *Hænel* als die Kompetenz-Kompetenz qualifiziert und kann daher nur die Eidgenossenschaft als souverän anerkennen. In den Kantonen erblickt er, in Anlehnung an *Laband*, der Eidgenossenschaft untergeordnete Selbstverwaltungskörper, die sich dadurch von autonomen Kommunalverbänden unterscheiden, dass sie an der Zentralregierung Anteil nehmen, dass sie Organe des Bundes sind. — Dass die Kantone *auch* die Eigenschaft von Organen des Bundes haben, soll nicht bestritten werden; die Frage ist aber, ob sie nicht auf dem ihnen verfassungsmässig vorbehaltenen Gebiet Staatsgewalt besitzen. *Borel* verneint dies, weil sie ihre Kompetenz aus der B. V. ableiten, die ohne ihren Willen abgeändert werden. Wir haben bereits dargelegt, warum uns dieser Grund nicht stichhaltig erscheint.

---

[1]) Ähnlich, aber unbestimmt *Hilty*, Polit. Jahrbuch I, 558.
[2]) Etude sur la souveraineté et l'Etat fédératif, Berne 1886.

Aus ähnlichem Grunde verneint *Bärtsch*[1]) die Souveränität der Kantone, die er aber als nicht souveräne Staaten anerkennt; in Ausübung der ihnen durch die B. V. überlassenen Hoheitsrechte seien sie Vertreter des souveränen Bundes.

Endlich sei die kürzlich von *Max Huber*[2]) skizzierte Konstruktion erwähnt, der den Bundesstaat als ein völkerrechtliches Vertragsverhältnis zwischen den Gliedstaaten einerseits und dem Bunde anderseits bezeichnet; diese Auffassung ist m. E. nicht haltbar, weil sie die Existenz des Bundes als zur Zeit der Entstehung des Bundesstaates voraussetzt und in die B. V. willkürlich ein vertragliches Moment hineinlegt. Da ist die Auffassung *Gierkes*[3]) weit vorzuziehen, der auf Grund der B. V. die Organe des Zentralverbandes wie der Gliedverbände als Organ eines über beiden stehenden Gesamtstaates hinstellt. Nach unserer Auffassung liegt die höhere Einheit über Zentralstaat und Gliedstaaten nicht in einem höheren staatlichen Verband, sondern in der B. V., welche kraft einer und derselben Autorität die beiden coordinierten Staatsverbände schafft.

Art. 4.

Alle Schweizer sind vor dem Gesetze gleich. Es gibt in der Schweiz keine Untertanenverhältnisse, keine Vorrechte des Ortes, der Geburt, der Familien oder Personen.

I. Geschichte.

Die *Helvetik* hat zum erstenmal der Schweiz den Grundsatz der politischen Gleichberechtigung aller Landes- und Kantonsteile, aller Stände und Personen gebracht; trotzdem die ganze Verfassung vom 12. April 1798 auf diesem Grundsatz aufgebaut war, formulierte sie ihn nirgends kurz und bündig, wie die heutige (vgl. Art. 5 und 8). Erst als die politische Entwicklung wieder zum geschichtlich Überlieferten hinlenkte und man der allgemeinen Anerkennung der Richtigkeit jenes Grundsatzes nicht mehr so sicher war, suchte man ihn in eine Formel zu fassen. Die *Mediationsverfassung*, Art. 3, bestimmte: «Es gibt in der Schweiz weder Untertanenlande noch Vorrechte der Orte, der Geburt, der Personen oder Familien.» Und der *Bundesvertrag* führte ihn wieder auf das bescheidene Mass zurück, das die siegreiche Reaktion noch vertrug, in einer Fassung, die deutlich genug zeigte, wie wenig Begeisterung man ihm noch entgegenbrachte. § VII: «Die Eidgenossenschaft huldigt dem Grundsatz, dass, so wie es, nach Anerkennung der XXII Kantone, keine Untertanenlande mehr in der Schweiz gibt, so könne

[1]) Die Souveränitätsverhältnisse im Bundesstaate, Diss. Mels, 1890.

[2]) Die Entwicklung des Staatsbegriffs, in der Zeitschrift f. schw. Recht. N. F. XXIII, 1.

[3]) Die Grundbegriffe des Staates und die neueren Staatsrechtstheorien in der Tübinger Zeitschrift XXX, 1874, 152—198; 265—335.

auch der Genuss der politischen Rechte nie das ausschliessliche Privilegium einer Klasse der Kantonsbürger sein.»

Der *Entwurf von 1832,* Art. 6, lit. *b,* machte die Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund davon abhängig, dass die Ausübung der politischen Rechte keiner Bürgerklasse ausschliesslich zugewendet und keine Untertanenverhältnisse zwischen einzelnen Teilen des Kantons geduldet werden; die Tagsatzung wollte ebenfalls verlangen, dass die Kantonsverfassungen «dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz huldigen» und folgerichtig «einerseits die Untertanenverhältnisse jeder Art zwischen einzelnen Teilen des Kantons» untersagen; anderseits sollten aber Staatsbürger, welche die durch das Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen erfüllen, die politischen Rechte auszuüben befugt sein, und sollte diese Ausübung nie zu einer *unabänderlichen* Ortsberechtigung oder zu einem Vorrecht der Geburt, von Personen oder Familien werden können.

Im Jahre 1847 gab die von der Tagsatzung mit der Revision betraute Kommission dem Grundsatz der Gleichheit eine selbständige Stellung in der Verfassungsurkunde als Art. 4 in gleicher Fassung wie heute.

In dieser Entstehungsgeschichte des Textes liegt wohl der Grund, aus welchem die Bestimmung gerade an diese Stelle gesetzt wurde; es ergibt sich auch daraus, dass der Grundsatz in erster Linie die politische Rechtsstellung der Bürger bestimmen sollte.

Bezüglich des Art. 4 beantragte die Gesandtschaft von Solothurn, die Vorrechte des Ortes, der Geburt u. s. w. nur in bezug auf die *politischen* Rechte zu verbieten; der Antrag wurde aber abgelehnt gegen bloss 1½ St. Art. 4 blieb in der 1847 angenommenen Fassung bis heute unverändert. 1871 beantragte *Arnold* im N. R. den Zusatz: «Des Standes wegen darf niemand von politischen Rechten ausgeschlossen werden», drang aber damit nicht durch; dagegen nahm der Rat den von *Carteret* vorgeschlagenen Zusatz an: «Die Adelstitel, soweit sie Schweizer betreffen, sind von amtlichen Aktenstücken ausgeschlossen»; nachdem sich der St. R. gegen diesen Zusatz ausgesprochen, verzichtete aber der N. R. auch darauf; ebenso ging es i. J. 1873[1]. Wie im N. R. wurden auch im St. R. Anträge betr. politische Gleichstellung des geistlichen Standes verworfen[2].

II. Auslegung.

1. Begriff der Gleichheit vor dem Gesetze[3].

Betrachtet man die Geschichte des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz im schweizerischen Staatsrecht, so erkennt man, dass die Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetz, vor allem im Gegensatz zu den früher bestehenden politischen Ungleichheiten proklamiert wurde. Aber schon die Verhandlungen der Tagsatzung von 1848 ergeben, dass man den Grundsatz nicht auf dieses Gebiet beschränken wollte, und die Praxis

[1]) Prot. des N. R. 1871—1872, S. 58, 59, 525. Prot. der eidg. Räte 1873—1874, S. 4, 235, 308.

[2]) Prot. des St. R. 15. Januar 1872.

[3]) Vgl. *Silbernagel,* Die Gleichheit vor dem Gesetz, Zeitschrift für schweiz. Recht, Bd. XXI, N. F., S. 85, 90 ff. — *Curti,* Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, S. 21. — *Blumer-Morel* I, S. 358.

der Bundesbehörden vor 1874 wandten ihn schon mehrfach auf dem Gebiete des Steuerwesens, der Gewerbefreiheit u. a. an, wenn auch besonders häufig auf dem Gebiete der politischen Rechte der Bürger. Seit 1874 zeigt die Praxis, dass die Gleichheit vor dem Gesetz ein allgemeines, die ganze Rechtsordnung beherrschendes Prinzip sein soll. Als subjektives öffentliches Recht ist es indessen nur gegenüber kantonalen Verfügungen und Erlassen geschützt (vgl. Einleitung S. 40 und Art. 178, Ziffer 1, O. G., vom 22. März 1893).

Wie ist nun der Begriff der Gleichheit vor dem Gesetz zu fassen? Um zu einer Klärung des Begriffs zu gelangen, ist u. E. zu unterscheiden zwischen **formeller** und **materieller Ungleichheit.** Formelle Ungleichheit ist der innere Widerspruch, in dem eine rechtssetzende oder rechtsanwendende Verfügung zu einer anderen Verfügung über dieselbe Sache steht. Materielle Ungleichheit ist der Widerspruch einer rechtssetzenden Verfügung mit dem richtigen Recht (Billigkeit) oder einer rechtsanwendenden Verfügung mit dem anzuwendenden positiven Rechtssatz. Formelle Ungleichheit kann sowohl in der Aufstellung von Rechtssätzen als in der Anwendung derselben vorkommen, vorwiegend aber in der Anwendung.

a. Eine **formelle** Rechtsungleichheit begeht die *rechtsanwendende* Behörde, wenn sie die gleiche positivrechtliche Norm unter gleichen tatsächlichen Voraussetzungen, d. h. ohne dass die wirklich bestehenden Verschiedenheiten des Tatbestandes (und irgendwelche Verschiedenheit besteht ja immer) zur Begründung der abweichenden rechtlichen Beurteilung herbeigezogen würden, einmal so und ein anderes mal anders auslegt und anwendet. Gibt die entscheidende Behörde die Gleichheit der tatsächlichen Umstände zu, so kann sie ohne Verletzung der formellen Gleichheit nicht abweichende Entscheidungen fällen; die Verletzung der formellen Gleichheit ergibt sich nicht daraus, dass eine Entscheidung inhaltlich mit dem anzuwendenden positiven Rechtssatz nach richtiger Auslegung nicht übereinstimmt, sondern daraus, dass zwei sich widersprechende Entscheidungen nicht beide richtig sein können. Aus diesem Grund, den man in Analogie zur Logik den Grundsatz der rechtlichen Identität nennen könnte, geht es nicht an, dass das gleiche kantonale Gesetz in zwei gleichzeitigen Anwendungsfällen verschieden ausgelegt werden, ohne dass diese verschiedene Behandlung auf das Gesetz selbst zurückgeführt werden könnte, z. B. wenn das gleiche kantonale Wahlgesetz in zwei Wahlkreisen verschieden interpretiert wird [1]). Das Postulat der formalen Gleichheit in diesem strengsten Sinne kann aber in Konflikt geraten mit dem Postulat der sachlichen Übereinstimmung der Entscheidung mit dem positiven Recht; dann nämlich, wenn der Richter zur Überzeugung kommt, dass die bisher befolgte Auslegung unrichtig war: die formelle Gleichheit der Rechtsprechung verlangte, dass er den vorliegenden Fall gleich behandelte wie die früheren; die Pflicht, das Gesetz richtig anzuwenden, fordert aber eine Abweichung von der Praxis. Das Bundesgericht hat in solchem Falle angenommen, dass das Prinzip der formellen Gleichheit zu weichen habe und dass eine Abweichung von feststehender Praxis mit Art. 4 nicht in Widerspruch stehe, wenn sie aus sachlichen Gründen erfolge (d. h., um

---

[1]) B. Bl. 1893, 14. Nov., i. S. Bise; 1897 III, 255, 688; 1898 I, 461; 1899 I, 388. *Salis* III, Nr. 1179. B. Ger. XXIV, 85; XXIX, 394.

die Praxis mit dem richtig verstandenen Gesetzeswillen in Einklang zu bringen)[1]. Schwieriger ist es aber, wenn die Praxis mehrmals wechselt, indem sie sich jedesmal auf die Notwendigkeit beruft, die Entscheidung mit dem Gesetz in Übereinstimmung zu bringen. Wenn sich keine der Auslegungen als willkürliche darstellt, dürfte, streng genommen, keine wegen Verletzung des Art. 4 B. V. aufgehoben werden; ein solcher Zustand wäre aber unhaltbar und müsste bei den Gerichtsgenossen das Gefühl willkürlicher Rechtsprechung hervorrufen. Liegt daher eine solche Unbeständigkeit der Rechtsprechung vor, so muss ihr die zuständige Bundesbehörde ein Ende machen, indem sie eine der Auslegungen als die bessere und fortan zu befolgende erklärt[2]. — Ein anderer Konflikt zwischen den beiden gleichen Grundsätzen ergibt sich, wenn das Gesetz bisher in einem offenbar unrichtigen, aber für den Betroffenen günstigeren Sinne ausgelegt wurde, während es im vorliegenden Falle ausnahmsweise richtig und für den Beschwerdeführer ungünstiger ausgelegt wird. Lässt man das Postulat richtiger Gesetzesauslegung demjenigen der formellen Gleichheit vorgehen, so gibt es hier keine Lösung: es wäre denn, man gäbe dem so Benachteiligten ein Beschwerderecht gegen spätere sachlich unrichtige Entscheide, wodurch er sich gleiche Behandlung mit andern erzwingen könnte, was mit den Grundsätzen über die Aktivlegitimation (Art. 178, Ziffer 2, O. G. vom 22. März 1893) unvereinbar wäre, oder das Recht, später die Reformation seines Entscheides mit dem Hinweis auf spätere sachlich abweichende Entscheide zu verlangen, was mit dem Grundsatz der Rechtskraft nicht wohl harmonierte[3].

Eine formell ungleiche Behandlung liegt dagegen nicht darin, dass eine untere Instanz konstant im Widerspruch mit der feststehenden Praxis einer höheren entscheidet; denn alle Gerichtspflichtigen werden von ihr gleich behandelt und befinden sich in der gleichen misslichen Lage; möglicherweise ist auch die Rechtsprechung der unteren Instanz die richtige. Es liegt darin allerdings eine Verkennung des Postulates der inneren Einheit und Widerspruchslosigkeit alles staatlichen Rechts und alles staatlichen Willens, eine Verkennung richterlicher Pflichten, aber nicht des Grundsatzes der Gleichheit vor dem Gesetz. Noch viel weniger ist dies der Fall, wenn eine höhere Instanz einen Fall anders entscheidet, als es die untere Instanz tut: B. Ger. E., Bd. XXVIII, 1317.

Aus der Forderung, dass nach Art. 4 B. V. das bestehende Recht auf alle Bürger gleich angewendet werden müsse, zog das Bundesgericht die weitere, dass es nicht ausnahmsweise gar nicht angewendet werden dürfe, dass der Richter oder die Verwaltungsbehörde nicht in einem einzelnen Fall verweigern dürfe, Recht zu sprechen, dass die Rechtsverweigerung überhaupt bundesverfassungswidrig sei. Grundlegend ist dies ausgesprochen in dem Urteil 31. Aug. 1877 i. S. Robatel, III, S. 429: Die Rechtsverweigerung gegenüber einem Bürger involviert eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze.

---

[1]) B. Ger. VII, 631; XXVII, 424; B. R. v. 27. Mai 1898 i. S. Dolder, B. Bl. 1898, III, 679; anders aber, wenn sich die Behörde aus Parteirücksichten über eine feststehende Praxis hinwegsetzt: B. R. 21. Juli 1899 i. S. Stadlin-Graf, B. Bl. 1899, IV, 205; Bericht vom 7. Dez. 1899 i. gl. S., B. Bl. 1899, V, 947.

[2]) Vgl. einen solchen Fall B. Ger. XXIII, 460.

[3]) Vgl. *Salis* III, Nr. 1179, 1214. 1231.

Weiter: Hat das Gericht Recht zu sprechen, so hat es die Anträge des Klägers anzunehmen und zu prüfen, so kann es nicht ohne Verletzung der Rechtsgleichheit verweigern, den Beklagten mit seinen Verteidigungsmitteln zu hören; die Verweigerung des rechtlichen Gehörs ist daher ebenfalls eine Verletzung des Art. 4. Und anderseits: Wenn das Gericht verpflichtet ist, Recht zu sprechen, kann es nicht genügen, dass es seine Entscheidung ohne Rücksicht auf das geltende Recht fälle, nach Willkür oder nach willkürlichen Gründen, oder ohne seine Entscheidung überhaupt zu begründen; die konkrete Entscheidung muss nach Gründen aus dem abstrakten Rechtssatze abgeleitet sein; Scheingründe oder ganz willkürliche Gründe genügen nicht, und als willkürliche Gründe sind auch solche zu betrachten, die zwar in gutem Glauben angerufen werden, die aber objektiv als willkürlich erscheinen müssen, weil sie klarem Rechte widersprechen.

In diesen letzteren Fällen handelt es sich aber nicht mehr um formelle, sondern um materielle Rechtsungleichheit: die Entscheidung wird nicht angefochten, weil sie mit andern über die gleiche Frage, sondern weil sie mit der objektiven rechtlichen Norm in Widerspruch steht. Die formelle steht allerdings mit der materiellen Rechtsgleichheit insofern in Verbindung, als es keine formelle Ungleichheit in der Rechtsprechung geben kann, wenn die Entscheidungen inhaltlich richtig sind, d. h. mit dem positiven Recht übereinstimmen, denn dann müssen sie auch unter sich übereinstimmen; eine willkürliche, d. h. offenbar unrichtige Entscheidung erscheint daher stets auch als eine singuläre und wird aller Wahrscheinlichkeit nach in formellem Widerspruch mit früheren oder späteren Entscheidungen über die gleiche Frage geraten. Die Rechtsverweigerung dagegen ist, wie die Entscheidung ohne Gründe, oder die Verweigerung des rechtlichen Gehörs, weder eine formell ungleiche Rechtsanwendung, noch eine materiell ungleiche, d. h. eine Verletzung des Rechtssatzes, nach dem zu entscheiden war, sondern eine Verletzung der öffentlich rechtlichen Pflicht des Richters, seines Amtes zu walten; ist keine Entscheidung erfolgt, so kann sie jenen Rechtssatz nicht verletzt haben, und ist eine erfolgt ohne Begründung, oder ohne dass beide Parteien gehört worden wären, so ist deswegen die Entscheidung nicht notwendig sachlich unrichtig oder mit andern in Widerspruch. Indem das B. Ger. die Rechtsverweigerung durch eine natürliche Folgerung des Billigkeitsgefühls, gleich der formellen oder materiellen Rechtsungleichheit, als eine Verletzung des Art. 4 B. V. erklärte, hat es in der Tat den Anspruch auf gerichtlichen Schutz als subjektives Recht erklärt und ihn unter die Garantie der B. V. gestellt, wie es auch die angeführte Entscheidung des B. Ger. III, 429 ausspricht: Das Recht auf gerichtliche Entscheidung sei eines jener Grundrechte, deren Schutz die B. V. dem B. Ger. anvertrauen wollte.

Das Gebot der Gleichheit vor dem Gesetz gilt aber nicht nur der Ausführung und Auslegung des Gesetzes, sondern auch der *Gesetzgebung* selbst. B. Ger. VI, S. 178: «Das in Art. 4 der B. V. niedergelegte Prinzip der Gleichheit aller Schweizer vor dem Gesetze ist als grundgesetzliche Norm sowohl für die verwaltende und richterliche, als auch für die gesetzgeberische Tätigkeit der Staatsbehörden massgebend. Es wird dadurch sowohl gleiche Anwendung der Gesetze auf alle Bürger, als auch gleiche Behandlung derselben durch den Gesetzgeber gefordert. Be-

deutung und Tragweite des Prinzips der Gleichheit vor dem Gesetze in letzterer Richtung nun bestimmt und beschränkt sich dadurch, dass dasselbe ein Postulat staatlicher Gerechtigkeit ist.»

Auch der Gesetzgeber kann sich aber einer *formellen* Ungerechtigkeit schuldig machen und damit Art. 4 der B. V. verletzen; dadurch nämlich, dass er eine Ausnahme von einer allgemein gültigen Regel zulässt, dass er diese Regel in einem *einzelnen* Fall aufhebt, ohne doch die Entscheidungsmaxime dieses Spezialfalles zur allgemeinen Regel zu erheben, sei es in Aufhebung oder bloss in Einschränkung der bisher ausnahmslos geltenden entgegenstehenden Norm. Im Prinzip ist es daher unzulässig, dass der Gesetzgeber von einem Rechtssatz eine Ausnahme statuiere, ohne den Grund dieser Ausnahme auch wieder als allgemeingültigen anzuerkennen und zu formulieren. Er setzt sich dadurch in Widerspruch mit sich selbst: der Gesetzgeber kann nicht zugleich eine Regel als richtig und daher allgemeinverbindlich hinstellen, und in einem Spezialfall die entgegengesetzte Regel anwenden: denn entweder ist die erste gerecht, dann muss sie auch in allen Fällen angewendet werden, oder sie ist nicht in allen Fällen gerecht, dann muss die Ausnahme in allen Fällen gemacht werden, in denen die Regel als ungerecht erscheint — die Ausnahme muss wiederum als allgemeine, wenn auch speziellere Regel formuliert werden. Damit ist gesagt, dass reine *Privilegien*, privilegia favorabilia oder onerosa, mit dem Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetz nicht vereinbar sind, erfolgen sie nun durch Gesetz oder Spezialverfügung[1]. Das hat das B. Ger. im Prinzip anerkannt, als es mit Urteil vom 3. Juli 1885 i. S. Speiser u. G. XI, S. 318, erklärte, der Staat könne nicht einseitig darüber durch Staatsgesetz entscheiden, ob den Aktionären am Vermögen der bisherigen Solothurnischen Bank ein Privatrecht zustehe oder nicht. Vgl. auch B. Ger. VII, 209, und 7. Juli 1897 i. S. Banque cantonale fribourgeoise, XXIII, 1017. In einem andern Entscheide hat sich das B. Ger. aber ausdrücklich für die Zulässigkeit von eigentlichen Privilegien ausgesprochen: im Mariahilfrekurs, Urteil vom 10. Mai 1890, XVI, 823: Es liegt keine Verletzung der Rechtsgleichheit vor, wenn eine Vergünstigung, welche einer Person erteilt worden ist, einer andern unter gleichen oder ähnlichen Umständen verweigert wird. Vergünstigungen sind, ihrem Begriffe nach, ein Ausfluss der freien Willkür; sie können willkürlich nach Gunst und Gnade dem einen erteilt, dem andern verweigert werden, ohne dass dadurch eine Rechtsverletzung begangen würde. — Eine gefährliche Doktrin! Gewiss liegt die Verleihung oder Verweigerung nach freier Willkür im Begriff der Begünstigung, die Frage ist aber, ob die reine Begünstigung zulässig, ob die freie Willkür mit dem Rechtsstaate, in dem wir trotz aller Freiheit leben möchten, vereinbar ist; m. E. nicht.

Die Frage, ob in Einzelfällen Ausnahmen von allgemein verbindlichen Normen zulässig seien, wurde besonders praktisch anlässlich der Sonderstellung staatlicher Institute. Wenn die Anstalt eine rein staatliche ist und auch in ihrem Verkehr mit den Bürgern durch Normen des öffentlichen Rechts beherrscht ist, so wird eine *privatrechtliche* Norm auf sie von vornherein nicht anwendabr sein; wird daher für sie speziell eine andere Regelung getroffen, so liegt keine singuläre Ausnahme

[1] Vgl. *Stammler,* Privilegien und Vorrechte, Rektoratsrede. Halle, 1903, S. 18, 44—48.

von jenem Rechtssatz vor, da er ja auf dieses Institut des öffentlichen Rechts gar nicht anwendbar gewesen wäre. So bei staatlichen Versicherungsanstalten. Etwas anderes aber ist es, wenn sich die Anstalt selbst auf privatrechtlichen Boden begibt und als Privatperson mit andern Privatpersonen in Verkehr tritt; dann kann sie allerdings nicht zugleich die Eigenschaft eines Privatinstituts beanspruchen und dem Privatrecht den Gehorsam aufsagen, wenn es ihr passt; es liegt, streng genommen, eine formelle Ungleichheit darin, dass ein Institut, das nach Privatrecht handeln will und von andern diese Behandlung beansprucht, für sich etwas begehrt, was auf dem Gebiete des Privatrechts grundsätzlich undenkbar ist: ein Privileg. Die ausnahmsweise Behandlung mag aber *materiell* gerechtfertigt sein: wenn den Privatpersonen der Anatocismus verboten ist, weil er dem Wucher Vorschub leistet, so lässt sich begreifen, dass für staatliche Kreditinstitute, bei denen dies nicht zu befürchten ist, eine Ausnahme gemacht werde von dem sonst auf sie anwendbaren Verbot; korrekterweise sollte auch diese Ausnahme als allgemeingültige Spezialnorm formuliert sein, anwendbar auf alle in bestimmter Weise charakterisierten Institute. Da nun aber diese Charakterisierung doch nur bei einer oder einzelnen staatlichen Anstalten zuträfe, die nur durch eine besondere Willensäusserung des Staates geschaffen werden können, so kann vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die Ausnahme in die Form einer Spezialnorm gekleidet werde. Wie gefährlich es aber ist, durch ein Privileg oder ein Gesetz für den Einzelfall eine Ausnahme zu schaffen, ohne die Berechtigung derselben daran zu prüfen, ob sie sich auch als allgemeines Gesetz denken lasse, zeigt der zit. Fall der Banque cantonale fribourgeoise: B. Ger. 7. Juli 1897, XXIII, besond. S. 1022—1023.

Steht nun eine Norm des Verwaltungsrechts, z. B. des *Steuerrechts*, in Frage, so wird in der Steuerexemption einer rein staatlichen Anstalt in der Regel auch keine wirkliche Ausnahme zu erblicken sein, weil die allgemeine Regel nur die Steuerpflicht der Privatpersonen normiert; aus diesem Grunde lag z. B. in der Steuerexemption der Glarner Kantonalbank, B. Ger. XI, 1, keine formale Rechtsungleichheit. Eine solche liegt aber unzweifelhaft darin, dass eine Privatperson durch Privileg von der sonst allgemein geltenden Steuerpflicht ausgenommen wird, wie es im Fall der Heilquellengesellschaft von St. Moritz seitens dieser Gemeinde geschah, B. Ger. 20. Sept. 1884, X, 317; mochte diese Begünstigung materiell noch so berechtigt sein.

Schwieriger ist die Frage, wenn es sich nicht um eine reine Staatsanstalt handelt, aber auch nicht um eine reine Privatanstalt, z. B. um eine staatlich privilegierte Bank (etwa durch Garantie ihrer Passiven und besondere Aufsicht) oder um eine konzessionierte Eisenbahngesellschaft. Hier fragt es sich, ob die Anstalt oder Genossenschaft eine Person des öffentlichen oder Privatrechts ist; im ersten Fall ist sie einer reinen Staats- (oder Kommunal-)Anstalt gleichzustellen; im zweiten einer Privatperson. Danach wird zu entscheiden sein, ob und wann eine Verletzung der formalen Gleichheit vorliegt, abgesehen davon, ob die Ausnahme sich materiell rechtfertigt. Ob, nach oben Gesagtem, die allgemeingültige Formulierung der Ausnahme (z. B. des Steuerprivilegs) vernünftigerweise verlangt werden kann, wird sich danach bestimmen, ob sich auch andere Privatpersonen in die Lage versetzen können,

welche Voraussetzung der Privilegierung war und sie materiell rechtfertigte; wenn dies durch rechtliche oder tatsächliche Gründe ausgeschlossen erscheint, so kann auch vernünftigerweise nicht verlangt werden, dass die nur in einem Falle anzuwendende Ausnahme als abstrakter Grundsatz formuliert werde. Aus diesem Gesichtspunkt rechtfertigt sich z. B. die der Gotthardbahn in Form des Privilegs gewährte Steuerbefreiung, B. Ger. XII, 719, ebenso die Steuerbefreiung der Aktien der privilegierten Caisse hypothécaire fribourgeoise, XI, 129, oder besondere Lasten des Hauptortes des Kantons durch Spezialbestimmung der Verfassung: B. Ger. IX, 407, vgl. B. Bl. 1878, II, 717.

Eine Verletzung der formellen Rechtsgleichheit ist endlich noch nicht damit gegeben, dass der Gesetzgeber die rechtsprechende oder vollziehende Behörde anweist, nach freiem Ermessen, nach Billigkeit, d. h. nach richtigem Recht zu entscheiden, z. B. bei Ausmessung von Steuern, Schadenersatz, Auferlegung der Prozesskosten, denn damit ist keineswegs gesagt, dass die Entscheidungen willkürliche sein müssen: B. Ger. 6. Mai 1903 i. S. Wirz, XXIX, 135 (Gerichtskosten).

b. Praktisch wichtiger als jene formale Ungleichheit ist die **materielle**; der Gesetzgeber lässt sich eine Ungerechtigkeit zu schulden kommen, indem er Verschiedenes am gleichen Masse misst oder Gleiches mit ungleichem Masse, m. a. W., indem ein Rechtssatz nur auf eine Kategorie von Fällen angewendet wird, während andere gleichartige Fälle eine andere rechtliche Behandlung erfahren (ungerechtfertigte Unterscheidung), oder umgekehrt, indem er einen und denselben Rechtssatz auf verschiedene Arten von Fälle, ohne Rücksicht auf ihre Verschiedenartigkeit, anwendet, indem er also nicht unterscheidet, wo unterschieden werden sollte. Wann liegt aber eine nach Art. 4 der B. V. ungerechtfertigte Unterscheidung oder Nichtunterscheidung vor? Das ist die Frage. Bei der bloss formellen Auffassung der Rechtsungleichheit ist die Praxis schon anfangs nicht stehen geblieben; sie würde sich damit eine, wenn auch logisch durchführbare, so doch praktisch kaum befriedigende und dem gemeinen Mann unverständliche Selbstbeschränkung auferlegen. Will man aber, wie dies gewiss dem Geist der B. V. entspricht, auch die materielle Ungleichheit treffen, so darf man sich nicht auf den Boden der bloss formalen Betrachtung stellen, wenn die materielle Gleichheit in Frage steht. Dass man damit nicht auskommt, zeigt z. B. die Entsch. des B. Ger. vom 9. Juni 1876 i. S. Dunoyer, II, 171, wo das Verbot, die geistliche Tracht zu tragen, mit dem Hinweis darauf gerechtfertigt wird, dass das Verbot allen Bürgern gegenüber gelte, welche sich einfallen lassen könnten, das geistliche Kleid zu tragen, m. a. W., dass die Ausnahme selbst die Form eines Rechtssatzes angenommen habe. Ähnlich die Begründung B. Ger. IV, S. 332, und XIII, S. 443. In einem Urteil vom 14. Nov. 1901 i. S. Zai-Kappeler, XXVII, I, 461, führt das B. Ger. aus, die Vorschrift des aargauischen Zuchtpolizeigesetzes betr. Unzulässigkeit der Vertretung der Parteien könne allerdings zu Unbilligkeiten führen, da es der verschiedenen Fähigkeit der Parteien, ihre Rechte selber zu wahren, keine Rechnung trage; gegen die Rechtsgleichheit verstosse aber die Bestimmung nicht, da sie ja alle Bürger formell gleich behandle, und Rekurrent, unter Hinweis auf die zwischen ihm (dem Rechtsunkundigen) und dem rechtskundigen Gegner bestehende tatsächliche Ungleichheit, diesem gegenüber eine *verschiedene*, von der Regel abweichende

Behandlung fordere. — Rekurrent verlangte eben *materielle* Gleichheit.

Die Praxis hat gleich erkannt, dass die materielle Ungleichheit, wie sie Art. 4 B. V. meint, nicht eine absolute Gleichheit sein kann, derart, dass alle rechtlichen Differenzierungen der Personen je nach ihren persönlichen Eigenschaften oder je nach den tatsächlichen Umständen, in denen sie sich befinden, unzulässig wären. Eine solche Gleichheit wäre die Negation der Rechtsordnung selbst. Schon in den älteren Entscheidungen und Äusserungen der Bundesbehörden wird der Gedanke vielfach ausgedrückt, dass es sich nur um eine relative Gleichheit handeln kann, dass verschiedene tatsächliche Verhältnisse auch eine verschiedene rechtliche Behandlung fordern [1]). In der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist dieser Grundsatz wiederholt ausgesprochen [2]). Anderseits genügt aber auch nicht jede tatsächliche Verschiedenheit, um eine abweichende rechtliche Behandlung zu rechtfertigen, die tatsächliche Verschiedenheit muss eine *erhebliche* sein. Was ist aber erheblich? Welches sind die tatsächlichen Verschiedenheiten, an welche der Gesetzgeber eine rechtltche knüpfen soll und darf; wie weit und wie ist ihnen Rechnung zu tragen, damit dem Postulat der materiellen Gleichheit, d. h. der gleichen Behandlung gleicher Fälle und der richtigen Unterscheidung ungleicher Fälle genügt sei? Das ist eben jeweilen das ganze gesetzgeberische Problem; wer jene Frage richtig zu lösen versteht, wird auch ein gerechtes Gesetz zu machen verstehen, und jede Kritik des bestehenden Gesetzes wird sich in die Form kleiden lassen, dass der Gesetzgeber eine erhebliche tatsächliche Verschiedenheit unberücksichtigt gelassen, oder eine unerhebliche berücksichtigt habe. Man nehme in Strafgesetzen die Bestimmung und gegenseitige Abgrenzung des Tatbestandes strafbarer Handlungen, die Bemessung der Strafe je nach dem Grade der Schuld, die verschiedenen Strafarten und ihr Verhältnis zu einander, oder im Privatrecht die Voraussetzungen der Gültigkeit oder Anfechtbarkeit eines Vertrages, eines Testamentes, oder der Ehe, die dispositiv geregelten Vertragspflichten und Rechte, die Erbberechtigung der Verwandten u. s. w. u. s. w., oder gar die Voraussetzungen der politischen Rechte, der Militär- oder Steuerpflicht, so wird die Gerechtigkeit solcher Bestimmungen immer durch richtiges Abwägen der verschiedenen tatsächlichen Möglichkeiten nach ihrer rechtlichen Erheblichkeit die Aufgabe des Gesetzgebers bilden [3]). Wollte also das B. Ger. Gleichheit in diesem Sinne verlangen, so müsste es sich zum Richter über die gesamte kantonale Gesetzgebung aufwerfen [4]). So weit wollte gewiss die B. V. nicht gehen; die Grenze ist aber nicht leicht zu finden. Sie kann einmal dahin gezogen werden, dass nicht jede ungerechtfertigte Gleichstellung verschiedener Fälle oder Unterscheidung gleicher Fälle eine Verletzung des Art. 4 B. V. bedeute, sondern nur eine Unterscheidung

---

[1]) B. Bl. 1861, II, 348 ff.; 1864, III, 80 ff.; 1866, I, 81 ff.; 1871, I, 494 ff.; 1871, III, 573; 1896, II, 554. *Ullmer* I, S. 4, 7, 12 lit. *b*. *Silbernagel* a. a. O., S. 106.

[2]) Grundlegend: B. Ger. 2. April 1880 i. S. Jäggi, VI, 172. Vgl. auch die von *Silbernagel* a. a. O., S. 116, zitierten Äusserungen der polit. Behörden anlässlich der Garantie von Kantonsverfassungen.

[3]) Der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze ist konsequent durchgeführt nichts anderes als eine Berufung auf das richtige Recht i. S. *Stammlers,* Die Lehre vom richtigen Rechte. Berlin 1902.

[4]) Insofern ist allerdings die Bemerkung *Jellineks,* System der subj. öff. Rechte S. 93, richtig, dass der Richter sich an Stelle des Gesetzgebers setze.

oder Gleichstellung, für die sich irgend ein vernünftiger Grund, wenn auch ein unzureichender, nicht ausfindig machen lasse; wenn sich die fragliche Bestimmung und der Tatbestand, an den sie anknüpft, in keinen rationellen Zusammenhang bringen lassen. Objektiv betrachtet, ist ja allerdings diese Grenze nicht vorhanden: liegt nur ein ungenügender Grund vor, so liegt kein oder nur scheinbar ein Grund vor; die Bestimmung ist entweder richtig oder unrichtig, soll sie überhaupt an einem ausserhalb des Gesetzes bestehenden festen Massstab gemessen werden können. Subjektiv erscheint aber doch eine unrichtige Bestimmung weniger unrichtig und weniger ungerecht, wenn sich die Unrichtigkeit nicht auf den ersten Blick ergibt, sondern erst nach Prüfung und Abwägung verschiedener sich hervordrängender Gründe und Gegengründe; über das Gewicht der einzelnen Gründe bestehen verschiedene subjektive Ansichten, deren meist keine sich in stringenter Beweisführung als die richtige nachweisen lässt, und wenn bei dieser Abwägung auch in Wirklichkeit ein Fehler oder eine Omission unterläuft, so ist das Resultat für unser subjektives Empfinden doch nicht ein willkürliches wie im andern Falle, sondern bloss ein unrichtiges. Ein Rechtssatz wird namentlich dann als bloss unrichtig erscheinen, wenn er die in sein Geltungsgebiet gehörenden Fälle nach einem nicht ganz zutreffenden Merkmal charakterisiert, derart, dass er nicht alle Fälle trifft, die er treffen sollte, oder im Gegenteil noch mehr als diese, wenn er z. T. also das wirklich richtige trifft. Dem gegenüber erscheint als willkürlich der Rechtssatz, der nach einem durchaus oder doch in der Hauptsache unrichtigen Merkmal unterscheidet. Es ist sicher, dass eine Gesetzesbestimmung, die an Willkürlichkeit, wie sie eben charakterisiert wurde, leidet, dem verfassungsmässigen Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nicht entspricht[1]). Die Bundesbehörden sind namentlich bei der Anwendung des Grundsatzes der Rechtsgleichheit auf politische Rechte weiter gegangen; nach Auslegung der Praxis kann man beinahe sagen, Art. 4 postuliere ein bestimmtes politisches System. Im übrigen haben die Behörden und namentlich das B. Ger. seit 1874 nur selten eine kantonale Gesetzesbestimmung wegen materieller Ungleichheit als verfassungswidrig aufgehoben, wobei mitunter auch das Moment der Willkür, des Umstandes, dass die Bestimmung durch keine ernsthafte Erwägung zu rechtfertigen sei, mitspielte, z. B. 15. Febr. 1890, i. S. Yverdon et cons., B. Ger. XVI,

---

[1]) Als ein solcher Fall ist etwa zu betrachten der durch das B. Ger., 14. Okt. 1876, i. S. Wild. II, 380, entschiedene: Auferlegung einer gewöhnlichen Kommunalsteuer bloss auf die Militärsteuerpflichten in Form von centimes additionnels zur Militärpflichtersatzsteuer; die Tatsache, dass jemand diese Militärsteuer bezahlt, ist mit der Pflicht, eine besondere Kommunalsteuer zu bezahlen, in keinen vernünftigen Zusammenhang zu bringen. Im Falle *Jäggi* führte das B. Ger. VI, 178, aus, die Bestimmung des solothurnischen Strafgesetzbuches: „Geldbusse ist nicht zulässig gegen Geltstager und unter Bevogtung gestellte Verschwender“, sei mit Art. 4 der B. V. nicht vereinbar, u. a. *weil der Umstand, dass der Schuldige ein Geltstager ist,* mit Bezug auf andere Delikte als jenes des selbstverschuldeten Falliments gänzlich ausserhalb des strafrechtlichen Tatbestandes liege — und *weder mit der objektiven noch mit der subjektiven Seite des Delikts in irgend welchem Zusammenhang stehe.* Der weiter angeführte Grund, dass die von vornherein feststehende Uneinbringlichkeit der Busse keinen genügenden Grund bilde, um den Vergeltstagten eine andere und härtere Strafe aufzuerlegen, weil die Strafe nach der Schwere der zu bestrafenden Tat und dem Grad der Schuld zu bemessen sei, gibt doch implicite zu, dass für die fragliche Bestimmung eine vernünftige Erwägung, wenn auch keine durchschlagende, geltend gemacht werden konnte. Vgl. auf dem Gebiete der Rechtsanwendung (auch der Richter muss sich zuweilen zum Gesetzgeber erheben): B. Ger. XIII, 361.

S. 18 (Auferlegung von Beiträgen an das öffentliche Unternehmen assainissement des marais de l'Orbe, unter Einrechnung des Mehrwerts, welchen die Grundeigentümer aus einem andern öffentlichen Unternehmen, der Juragewässerkorrektion, ziehen); während bei folgenden Entscheiden nicht sowohl von eigentlicher Willkür als von offenbarer Ungerechtigkeit, Verstoss gegen anerkannte gerechte Grundsätze gesprochen wurde: B. Ger. 28. Mai 1902 i. S. Chatton, XXVIII, 108, wo grundsätzlich anerkannt wird, dass ein nicht gehörig publiziertes Gesetz nicht verbindlich ist; B. Ger. IV, 394; XI, 172, und XII, 448, 4°, worin ausgesprochen ist, dass eine Verletzung der materiellen Rechtsgleichheit darin liegt, dass Grundeigentümer zur Tragung der Kosten eines öffentlichen Unternehmens in höherem Masse herbeigezogen werden, als der für sie daraus entspringende Mehrwert ausmacht (vgl. XXVII, 1). Es könnten hier auch die Entscheidungen erwähnt werden, welche die Anerkennung der elementaren Grundsätze des Verfahrens fordern: Anhörung des Angeklagten, Gleichheit der Parteien, Begründung des Urteils, auch die Rechtsverweigerung kann hierher gerechnet werden; hiervon unten Ziffer 2.

Dass das B. Ger. nicht jede sachlich unrichtige Gesetzesbestimmung, sondern nur solche als verfassungswidrig aufhob, welche bei sachlicher Prüfung als durch keine oder doch offenbar unzureichende Gründe gerechtfertigt erschienen, geht auch aus den zahlreichen Fällen hervor, in denen Rekurse wegen Verletzung der materiellen Gleichheit abgewiesen wurden, wobei das B. Ger. auf die Frage, ob die Bestimmung sachlich richtig sei, nicht eintrat; vgl. z. B. XIX, 265: Nichtgestattung des Schuldenabzugs an auswärts wohnende Grundeigentümer; XXIII, 1336: Deliktsfähigkeit juristischer Personen; XXIV, 439: Besondere strafrechtliche Verantwortlichkeit bei Pressdelikten.

Freier bewegte sich das B. Ger., als es sich darum handelte, die sachliche Richtigkeit der *Anwendung positiver Rechtsvorschriften* zu prüfen; es konnte sich hier auf sicherem Boden bewegen, weil ihm der Massstab, an dem es die Richtigkeit, die materielle Gleichheit der angefochtenen Verfügungen und Erlasse zu prüfen hatte, durch das Gesetz selber gegeben war. Es schrieb sich auch hier vor, nicht wegen jeder sachlichen Unrichtigkeit eine Entscheidung kantonaler Behörden aufzuheben, sondern bloss wegen Willkür oder offenbarer Unrichtigkeit, wegen Missachtung klaren Rechtes. B. Ger. 23. Dez. 1882 i. S. Suter, VIII, 685: Nur wenn die Beurteilung der Sache durch die kantonalen Gerichte eine offenbar willkürliche wäre, wenn das Gericht, gestützt auf bloss vorgeschobene Gründe, sich einer Beugung des Rechts zu ungunsten des Rekurrenten schuldig gemacht hätte, könnte von Rechtsungleichheit die Rede sein. — Das B. Ger. hat in diesen Worten dasjenige charakterisiert, was man subjektive Willkür heissen könnte; in andern Entscheiden begnügt es sich aber damit, dass die angefochtene Entscheidung objektiv betrachtet, d. h. abgesehen vom Willen der entscheidenden Behörde, als willkürlich erscheine; B. Ger. 18. Juli 1884 i. S. Kauffmann, X, 311: In Erwägung, ... dass das B. Ger. nur dann zum Einschreiten berechtigt ist, wenn entweder eine kantonale Behörde die Behandlung und Beurteilung einer offenbar in ihre Kompetenz fallenden Angelegenheit ausdrücklich oder stillschweigend verweigert oder bei Behandlung derselben in einer Weise verfährt, welche einer eigent-

lichen Rechtsverweigerung gleichkommt, d. h. *klar nachgewiesenes Recht* willkürlich missachtet und somit nicht nach (richtigen oder unrichtigen) Gründen, sondern nach blosser Willkür entscheidet. — Wie aus zahlreichen späteren Entscheidungen hervorgeht, kommt dabei das subjektive Schuldmoment des Richters nicht in Betracht. Vgl. z. B. XI, 478; X, 5; XIII, 361.

Aus obiger Darstellung ergibt sich, dass die bisher gegebenen Definitionen der Rechtsgleichheit nicht genügen. Es genügt nicht, darauf hinzuweisen, dass bei gleichen faktischen Voraussetzungen gleiches Recht bestehen soll, wie es *Blumer* (B. Bl. 1863, I, S. 408), *Kaiser* (Schweizerisches Staatsrecht, I, S. 146) und auch das B. Ger. in einigen Entscheidungen getan haben. Damit ist einmal die formelle Ungleichheit nicht berücksichtigt, und sodann bleibt unentschieden, welches, bezüglich der materiellen Gleichheit, die erheblichen tatsächlichen Verschiedenheiten seien. Die *verschiedenartigen* Kriterien, die *Carrard* in dieser Beziehung namhaft gemacht, vermögen nicht, einen einheitlichen Begriff abzugeben (Zeitschr. für schweiz. Recht, N. F., V, S. 637). *Rüttimann*, in klarer Erkenntnis dieser Mängel, hat versucht, den Begriff dahin zu präzisieren, dass er die Garantie des Art. 4 nur auf die Rechtsfähigkeit bezog, und Ausnahmen an der gleichen, durch die Geburt begründeten Rechtsfähigkeit nur auf Grund besonderer Verfassungsbestimmungen zuliess (Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht, § 478, 479). Wie schon *Blumer-Morel* (I, S. 262—263) bemerkt, genügt aber diese Definition keineswegs, wenigstens gestattet sie nicht, gegen Verfügungen kantonaler Behörden einzuschreiten, die den Stempel offenbarer Willkür an der Stirne tragen und auch in konstanter Praxis als verfassungswidrig betrachtet worden sind. Wenn der Gesetzgeber in allgemeinverbindlicher Regel die bisher als feststehend betrachteten Grundsätze des Straf- oder Zivilprozesses verkennt, oder wenn sie der Richter im Einzelfalle nicht anwendet, so liegt keine Verletzung der Rechtsfähigkeit vor, sofern man diesem Wort nicht einen ganz neuen Sinn beilegen will[1]). Die Definition *Curtis* ist zwar klar, aber unrichtig: Art. 4 verbiete alle nicht durch die übrigen Verfassungsbestimmungen direkt oder durch deren sachgemässen Ausbau indirekt begründeten Verschiedenheiten in der legislatorischen, richterlichen und administrativen Behandlung der Rechtssubjekte (Das Prinzip der Gleichheit vor dem Gesetz, 1888, S. 100, 121). Die kantonalen Steuer-, Zivil-, Straf- und Prozessgesetze können aber nicht als Ausführungen von Bestimmungen der B. V. betrachtet werden, nicht einmal der Kantonsverfassungen. Eine die Praxis leitende und aufklärende Umschreibung des Begriffes kann auch in der neuesten Formulierung *Silbernagels* nicht gefunden werden: Ausnahmen von der Regel der Rechtsgleichheit sollen nur zugelassen werden, wenn sie objektiv begründet sind, und das sind sie in unserem jetzigen Staatswesen, wenn sie sich auf das Bundesrecht, auf die Natur der Dinge, auf die allgemeine Rechtsanschauung und auf das zwingende öffentliche Interesse stützen können (a. a. O., S. 103).

Es wird wohl die Gleichheit vor dem Gesetz, wie sie in Art. 4 B. V, niedergelegt ist und sich in der Praxis ausgebildet hat, kaum genau defi-

---

[1]) Ähnlich lautet die Begriffsbestimmung *Jellineks*, System der subj. öff. Rechte. S. 79, der sie indessen nicht auf ein besonderes positives Recht bezieht. Vgl. andere Definitionen bei *Silbernagel*, a. a. O., S. 99.

niert werden können; Art. 4 garantiert m. E. die formale Gleichheit in Gesetzgebung und Gesetzesanwendung, und in beiden Gebieten bis zu einem gewissen Grad, den man mit dem Worte Willkür bezeichnen könnte, auch die materielle Gleichheit, in obigem Sinne. Mag auch die Begründung der bundesgerichtlichen Urteile und der Entscheidungen anderer Bundesbehörden nicht immer widerspruchslos und nicht immer schlagend sein, so ist doch die Kritik *Jellineks* unzutreffend (a. a. O., S. 93). Es ist gewiss ungeschickt, wenn das B. Ger. im Alpstubeten-Entscheid, XIII, 104, damit argumentiert, dass ein Grundrecht der Bürger, zu tanzen, im Entscheid II, 178, damit, dass kein subjektives Recht darauf bestehe, sich nach Belieben zu kleiden; denn in beiden Fällen handelte es sich bloss darum, ob durch ein nur auf eine bestimmte Kategorie von Fällen anwendbares Verbot nicht das subjektive Recht auf materielle Gleichheit verletzt sei. Anderseits ist es aber seitens *Jellineks* unzutreffend, diese materielle Gleichheit auch in der Gesetzgebung als einen unmöglichen, weil notwendig zu Willkür führenden Inhalt eines subjektiven öffentlichen Rechts hinzustellen [1]). Wenn auch die Normen des richtigen Rechts, an denen diejenigen des positiven Rechts gemessen werden sollen, nicht so feststehend sind wie die letzteren, so lassen sie sich doch methodisch diskutieren, und wenn sich auch, wie schon bemerkt, die Grenze zwischen verfassungswidrigen und nicht verfassungswidrigen Abweichungen vom richtigen Recht, zwischen dem, was Willkür und was nicht Willkür ist, nicht formal-logisch definieren lässt, so ist sie doch vorhanden, gleich wie die «angemessene Entschädigung» die Grenze des Rechtes des Verletzten bildet. Dass diese Grenze eingehalten werde, bildet den Inhalt des durch Art. 4 B. V. garantierten subjektiven Rechts und nicht die mannigfaltigen, dadurch möglicherweise geschützten Interessen (Tanzen, Tragen bestimmter Kleidung, Herabsetzung der Steuern etc. etc.). Jenes Recht hat sich in der Praxis gut bewährt; die Einteilung des Landes in 25 z. T. sehr kleine Staaten und die politische Organisation derselben haben zur unvermeidlichen und unverkennbaren Folge eine oft mangelhafte Besetzung der richterlichen und administraven Amtsstellen. Art. 4 leistet uns alle Tage gute Dienste; er ist das unentbehrliche Korrektiv einer oft mangelhaften Rechtsprechung. Darin liegt seine politische Berechtigung.

2. Rechtsprechung.

Die reiche Praxis der Bundesbehörden über Art. 4 B. V. soll nun ohne Anspruch auf systematische Anordnung dargelegt werden; zuerst werden die meistens durch die politischen Behörden, B. R. und B. Vers., anlässlich von Wahlrechtsrekursen oder von Gewährleistungen kantonaler Verfassungen getroffenen Entscheidungen über die politischen Rechte der Bürger und deren Ausübung zusammengestellt; sodann die (meist bundesgerichtlichen) Entscheidungen betr. materielle Ungleichheit in der Gesetzgebung (die nicht sehr zahlreichen typischen Entscheidungen über formelle Ungleichheit in Gesetzgebung oder Gesetzesanwendung sind bereits oben unter Ziffer 1 berücksichtigt), die Entscheidungen betr. willkürliche Auslegung des positiven Rechts; weiter die Entscheidungen

[1]) Vgl. *Leo Weber,* im Schweiz. Juristenverein, Zeitschr. XXII, S. 675.

über eigentliche Rechtsverweigerung (Weigerung, Recht zu sprechen), und endlich über Verweigerung des rechtlichen Gehörs (Rechtsprechung unter Verletzung wesentlicher Grundsätze des Prozesses). Hier mag nur noch angefügt werden, dass das B. Ger. in seiner Entscheidung vom 26. April 1884 i. S. Zürcher Telephongesellschaft, X, 167, erklärt hat, der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze erstrecke sich auch auf *juristische Personen.* — Dass die verfassungsmässig garantierten Freiheitsrechte grundsätzlich auch für *Ausländer* gelten müssen, wurde bereits in der Einleitung (S. 67) bemerkt. Das B. Ger. hat die Frage nie prinzipiell beantwortet; in einem Urteile vom 6. Juni 1890 i. S. Minden, XVI, 331, hat es die Frage aufgeworfen, ohne sie zu beantworten, ob einem Ausländer das Armenrecht ohne Verletzung des Art. 4 B. V. verweigert werden könne: die Frage wäre m. E. unter der Voraussetzung bestehenden Gegenrechtes zu verneinen gewesen. Eine Verletzung völkerrechtlicher Pflichten der Schweiz gegenüber dem Heimatstaate jenes Ausländers läge allerdings auch bei Verweigerung des Armenrechts nicht vor. Um solche Pflichten handelte es sich im Urteil vom 13. April 1898 i. S. Lebensversicherungs- und Ersparnisbank in Stuttgart, XXIV, 168 (Rechtsverweigerung in Steuersachen); es fragte sich, ob der deutsch-schweizerische *Niederlassungsvertrag* vom 31. Mai 1890 dadurch verletzt sei, dass eine in der Schweiz weder persönliches noch Geschäftsdomizil besitzende Gesellschaft nicht gleich einer schweizerischen behandelt wurde, was das B. Ger. von diesem Standpunkt aus mit Recht verneinte. — Endlich kann die Verletzung des subjektiven Rechts auf Rechtsgleichheit auch darin bestehen, dass ein anderer in gesetzwidriger Weise *begünstigt* wird, sei es durch ein eigentliches Privileg, sei es durch willkürliche Gesetzesauslegung; wer dann zur Beschwerde legitimiert ist, kann hier nicht untersucht werden: B. Ger. 22. Juli 1902 i. S. Association des médecins du canton de Genève, XXVIII, 240; vgl. B. Ger. XXI, 70. Selbstverständlich darf aber ein Ausländer als solcher nicht besser gestellt werden als ein Schweizer: B. Ger. 23. Okt. 1902 i. S. Willy, XXVIII, 318 (Versäumung des Rechtsvorschlags aus Unkenntnis des Gesetzes).

A. Politische Rechte.

a. Aktivbürgerrecht und Wählbarkeit.

Durch B. B. vom 21. Juli 1854 (A. S. IV, 388) erklärte es die B. Vers. als verfassungswidrig, dass die in *Genf* sich aufhaltenden *Dienstboten* durch Gesetz vom 20. Febr. 1850 vom Stimmrecht ausgeschlossen seien.

Dem § 27 der *baselstädtischen* Verfassung vom 8. Hornung 1858, welche die gleiche Bestimmung enthielt, verweigerte die B. Vers. die eidg. Garantie als im Widerspruch stehend mit Art. 4 der B. V. *(Ullmer,* I, Nr. 36; A. S. VI, S. 713; B. Bl. 1858, I, 178). Einen ähnlichen Beschluss fasste der B. R. anlässlich des Art. 7 des *Zuger* Gemeindegesetzes, welche Dienstboten und Kostgängern das Stimmrecht vorenthielt (B. Bl. 1861, I, 356).

Anlässlich des Rekurses Chevalier bemerkte die N. R. K. (B. Bl. 1865, I, 8), es sei nicht zulässig, dass gewisse *Ämter* andere Vorteile gewähren als solche, die durch den Dienst geboten sind. Der *Amtszwang*

wurde als zulässig erklärt: *Ullmer* II, Nr. 1136; ferner B. Bl. 1873, II, 825, und B. Ger. 22. Juni 1877 i. S. Huser, III, 299 (allgemeine Bürgerpflicht). Die Frage, ob die *Geistlichen* ohne Verletzung der Rechtsgleichheit von der Ausübung des Stimmrechts ausgeschlossen werden können, wurde von der B. Vers. mehrmals bejaht, anlässlich der Gewährleistung der Tessiner Verfassung vom 1. März 1855 (*Ullmer,* I, Nr. 33; A. S. V, 133), unter Berufung darauf, dass wenn die B. V. die Geistlichen von dem Mehreren, der Wahlfähigkeit, zulasse (Art. 75), auch das Mindere, der Ausschluss vom Aktivbürgerrecht zulässig sein müsse. Der gleiche Grundsatz wurde befolgt bei Gewährleistung verschiedener anderer Verfassungen: Vgl. *Ullmer,* II, Nr. 1135; zuletzt B. Bl. 1876, I, 709; A. S. II, 309. Dagegen stellte sich das B. Ger. gleich anfangs auf den entgegengesetzten Standpunkt, indem es eine Beschwerde von Geistlichen des Kantons Tessin wegen Ausschlusses vom Stimmregister guthiess, allerdings gestützt auf Art. 49 der B. V. 1. Febr. 1875 i. S. Pedrini und Forni, I, 275. Der Ausschluss der Geistlichen von bürgerlichen Ämtern wurde dagegen nicht als verfassungswidrig betrachtet (vgl. Garantie der Walliser Verfassung vom 26. Nov. 1875, Botschaft des B. R. 1876, I, 709; A. S. II, 364). Als verfassungsmässig wurde ebenfalls erklärt die *Unvereinbarkeit des geistlichen Amtes mit dem Grossratsmandat,* durch die Gewährleistung der Neuenburger Verfassungsrevision vom 10. März 1889 (B. Bl. 1890, II, 134; A. S. XI, 51).

Dagegen wurde die *Unvereinbarkeit* des Grossratsmandats mit einem eidg. Amte als eine verfassungswidrige Zurücksetzung der eidgenössischen Beamten angesehen B. Bl. 1876, IV, 804; 1877, I, 9; A. S. II, 559: «In Erwägung: ..... 2), dass dem Kanton gegenüber der eidg. Beamte nur als Bürger in Betracht kommt, welcher nach Art. 4 der B. V. gleiche Behandlung vor dem Gesetze beanspruchen kann....». Die Entscheidung ist m. E. unrichtig; so gut wie der Bund befugt ist, seinen Beamten die Übernahme solcher kantonaler Ämter zu untersagen, die er mit dem eidgenössischen Amte unvereinbar erachtet aus praktischen oder prinzipiellen Gründen, ebenso kann es der Kanton gegenüber eidgenössischen Ämtern tun; sind auch die Grossräte keine Beamten i. e. S., so ist das Grossratsmandat doch ein Amt. Die Unvereinbarkeit dieses Amtes mit einem eidgenössischen Amt ist nicht sowohl vom Standpunkt des Gewählten, der nebensächlich ist, als vom Standpunkt der Wähler zu beurteilen. Die Beschränkung ihrer Wahl auf andere Personen als eidgenössische Beamte verletzt m. E. keine bundesrechtliche Vorschrift, da sie weder willkürlich noch der repräsentativen Staatsform zuwider ist (Art. 5, lit. *b,* B. V.). Das B. Ger. entschied dagegen richtig, dass das an die Beamten gerichtete Verbot, den Beruf eines Wirtes oder eines Geschäftsagenten zu betreiben, keine willkürliche Einschränkung der Wählbarkeit noch eine Verletzung des Art. 4 B. V., sondern ein zulässiger Satz des Beamtenrechts sei B. G. 2. Juni 1877 i. S. Beinli, III, 181; XII, 567.

In einem Spezialfall wurde entschieden, es gehe nicht an, dass in Obwalden die *Protestanten* nicht an Schulabstimmungen teilnehmen dürfen, trotzdem sie die Schulsteuer mitbezahlten (B. Bl. 1868, I, 104; A. S. IX, 226). Bei der Gewährleistung der Verfassung von Appenzell I.-Rh. vom 24. Nov. 1872, welche die Bestimmung enthielt: «Die christkatholische Religion geniesst als die Religion des Volkes Gewährleistung und Schutz seitens des Staates,» bemerkte der B. R. in seiner Botschaft (B. Bl.

1872, III, 842): die anderen appenzellischen oder im Kanton niedergelassenen Schweizerbürger gehören auch zum Volk, unter dem nämlichen Titel und mit dem gleichen Recht wie jeder andere Bürger. Die privilegierte Stellung der Religion der Mehrheit könne niemals so weit gehen, den vollen Umfang und die Gleichheit der Rechte der einer andern Konfession angehörenden Bürger zu beeinträchtigen (vgl. B. Bl. 1874, II, 493).

Als sich im Tessin i. J. 1886 eine Referendumsbewegung vorbereitete, hatte der Regierungsrat den Gemeindevorstehern vorgeschrieben, nur die eigenhändig geschriebenen Unterschriften der Bürger zu beglaubigen; auf Beschwerde hin erklärte der B. R. diesen Ausschluss der *Analphabeten* als in Widerspruch stehend mit dem tessinischen Verfassungsgesetz von 1883 und mit Art. 4 B. V. (Rekurs *Molo,* B. Bl. 1886, I, 215 ff., *Salis* III, Nr. 1215).

Das Erfordernis des Alters von 25 Jahren zur Wahlfähigkeit steht mit Art. 4 B. V. nicht in Widerspruch: B. Bl. 1883, II, 375 ff., und Verf. von Nbg. A. S. XI, S. 51. Dagegen wurde das Erfordernis eines bestimmten *Vermögensbesitzes* sowohl zur Ausübung des Aktivbürgerrechts als zur Wählbarkeit an kantonale Ämter zuerst anlässlich der Garantie der Luzerner Verf. vom 7. April 1863 (B. Bl. 1863, II, 606; III, 355; A. S. VII, 573) als verfassungswidrig erklärt, worauf auch die Kantone Aargau und Tessin eingeladen wurden, ihre Verfassungen mit diesem Grundsatz in Einklang zu bringen (B. Bl. 1863, III, 327 f.; 1868, II, 505; *Ullmer,* II, Nr. 715 u. 716), während die Zulassung zum Amte unter der Bedingung einer Amtsbürgschaft zulässig ist (*Ullmer* II, Nr. 716). Betreffend die Bedingung der Mitgliedschaft in einer tessinischen Bürgergenossenschaft (patriziato) vgl. *Ullmer* I, Nr. 583.

Der Entzug der politischen Rechte wegen *Zahlungsunfähigkeit* wurde als zulässig erklärt (B. Bl. 1875, II, 601); heute ist hierfür Art. 26 des B. Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889 massgebend. Der B. R. als Aufsichtsbehörde hat entschieden, dass diese Folge nicht *entweder* auf die fruchtlose Pfändung *oder* den Konkurs beschränkt werden könne (vgl. Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs IV, Nr. 26; *Jäger,* Kommentar über das Sch. B. u. Konk. Ges., S. 27); im übrigen haben die Kantone freie Hand, vgl. B. Bl. 1892, II, 492; A. S. XII, 127; betr. die öffentlichrechtlichen Folgen der Zahlungsunfähigkeit für Offiziere vgl. B. R. B. vom 21. Nov. 1893, A. S. XIII, S. 723. In einem Spezialfall, 7. Febr. 1901 i. S. Senn, XXVII, 1, hatte das B. Ger. zu entscheiden, ob der bereits in einem andern Kantone infolge Geldstages seiner bürgerlichen Ehrenrechte verlustig Erklärte im Kanton seines nunmehrigen Wohnsitzes wegen Erwerb neuen Vermögens (Anfall einer Erbschaft) von neuem für die gleichen Forderungen betrieben und eventuell seiner bürgerlichen Rechte von neuem verlustig erklärt werden könne, wenn das inzwischen erworbene Vermögen zur Befriedigung der Gläubiger nicht ausreiche. Das B. Ger. verneinte die Frage, aber mit der unzutreffenden Begründung, ein Kanton könne zwar die in einem andern Kanton verhängten öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Betreibung anerkennen oder nicht; erkenne er sie aber an, wie im vorliegenden Fall, so müsse er die auswärts Vergeldstagten seinen eigenen ganz gleichstellen und bei jenen sowenig wie bei diesen gestatten, dass sie für die gleichen Forderungen nochmals ihre bürgerlichen Rechte

verlieren. Die Begründung ist darum nicht zutreffend, weil sie dem Kanton der zweiten Betreibung gestattet, der früheren Betreibung und ihrer öffentlichrechtlichen Folgen gar keine Rechnung zu tragen und ihnen nochmals ihre politischen Rechte zu entziehen, sofern sie nur den aus andern Kantonen Kommenden das Aktivbürgerrecht ohne Rücksicht auf den anderwärts ausgesprochenen Verlust entziehen. Die Entscheidung kann einzig davon abhängen, ob überhaupt für die gleiche Forderung der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte zweimal ausgesprochen werden darf nach Art. 26, 149 und 265 des Schuldbetreibungsgesetzes, vgl. *Jäger*, Art. 149, Note 7; Art. 265, Note 8.

Die *Armenunterstützung* bildet einen zulässigen Grund der Ausschliessung vom Stimmrecht (*Salis*, I, Nr. 75; B. Bl. 1892, II, 492; A. S. XII, 127) und ebenso der *Rückstand in der Zahlung der Steuern* (*Salis*, III, Nr. 1220, S. 376; B. Bl. 1883, II, 833; 1899, IV, 489; vgl. auch B. Bl. 1874, I, 313, betr. Art. 33, Ziffer 4, der Neuenburger Verfassung von 1873).

b. *Repräsentationsbasis.*

Im Jahre 1858 beschwerten sich 71 Mitglieder des St. Gallischen Grossen Rates darüber, dass das Statut über die Revision der Verfassung der Stadt St. Gallen aus Billigkeitsrücksichten 15 Vertreter zuteile, statt 9, die ihr nach Massgabe ihrer Bevölkerung zukämen. In Übereinstimmung mit der Botschaft des B. R. bezeichnete die Mehrheit der N. R. diese Ungleichheit als zulässig, weil Art. 6 der B. V. nicht das reine Kopfzahlsystem postuliere und Art. 4 die bestehenden Repräsentationsdifferenzen nicht habe aufheben wollen, wie solche auch noch anderwärts bestehen. Die Minderheit war anderer Meinung, u. a. aus dem Grunde, weil Art. 4 der B. V. dem Art. 6 vorgehe. Die B. Vers. trat auf die Beschwerde materiell nicht ein, weil sie verfrüht sei. (*Ullmer*, I, Nr. 581; B. Bl. 1858, II, 143—505, 533, 549; A. S. VI, 110.)[1]

Das Kopfzahlsystem wurde als obligatorisch erklärt durch den Rekursentscheid *Mordasini* vom 17. März 1876 (*Salis*, 1. *a*, I, Nr. 86, 2. *a*, I, S. 327; B. Bl. 1875, IV, 1189—1209; 1876, I, 106, 687, 848; A. S. II, 112); es wurde nämlich eine Bestimmung der Tessiner Verfassung als aufgehoben erklärt, die jedem Kreise 3 Vertreter im Grossen Rate gewährte, während einzelne Kreise sechsmal mehr Einwohner zählten als andere. Ebenso wurden einige Artikel der Schwyzer Verfassung vom 11. Juni 1876 von der eidg. Garantie ausgenommen, weil sie einem Kreis, demjenigen von Schwyz, von vornherein die Wahl einer bestimmten Anzahl von Regierungsräten und anderen Beamten zusicherte, ohne Rücksicht auf die jeweilige Bevölkerungszahl und sogar im Widerspruch mit der damaligen. (*Salis*, I, Nr. 57, I; B. Bl. 1876, III, 369; 1877, I, 72, 521; 1878, II, 467; A. S. III, 66.) Im Jahre 1884 wurde dem § 2 des Verfassungsgesetzes des gleichen Kantons vom 10. Januar 1884 die Garantie versagt, weil es einem Kreis (Unter-Iberg) nicht die seiner Bevölkerungszahl entsprechende Zahl von Vertretern im Grossen Rate gab. (*Salis*, I, Nr. 57, III; B. Bl. 1884, II, 223; 1885, II, 666: A. S. VII, 463.) Wogegen eine andere Kantonsverfassung, diejenige von Appenzell A.-Rh., die eidg. Gewährleistung erhielt, trotz der tatsächlichen Ungleichheit, die sich daraus ergab, dass die Gemeinden auf je 1000 Einwohner einen Vertreter in

[1]) *Silbernagel*, a. a. O., S. 109; *Curti*, a. a. O., S. 57.

den Kantonsrat sandten, zwei Gemeinden mit 1073 und 1482 Einwohnern hatten je zwei Vertreter, zusammen also mit 2555 Einwohnern vier Vertreter, während eine andere mit 2912 Einwohnern nur drei hatte. (B. Bl. 1876, IV, 175; A. S. II, 561.) — Sowohl Seelenanzahl oder die Wohnbevölkerung als die schweizerische Bevölkerung oder die Zahl der Wähler können als Grundlage zur Verteilung der Vertreter genommen werden (*Salis*, I, Nr. 53, VI; Nr. 61, I, i. f.; Nr. 86; vgl. B. Bl. 1873, IV, 253); dagegen dürfen die Kantonsbürger nicht an ihrem Heimatsort gezählt werden. (*Salis*, I, 209; vgl. auch unten Art. *43* B. V.)

Gegenüber der Beschwerde, dass die Wahlkreise zum Nachteil einer Partei abgegrenzt worden seien, erklärte der B. R., Art. 4 der B. V. postuliere nicht die Gleichstellung der Parteien. (B. Bl. 1875, IV, 241, 248.) Gewiss darf aber auch hier nicht willkürlich verfahren werden. (Vgl. Rekursentscheid *Pacolat*, B. Bl. 1901, IV, 1044.)

c. *Ausübung des Stimmrechtes.*

Der B. R. wies eine Beschwerde als unbegründet ab, welche sich gegen die Einrichtung der *Landsgemeinde* im Kanton Uri richtete; es sollte eine verfassungswidrige Ungleichheit darin liegen, dass entfernt wohnende Bürger ihre politischen Rechte nur schwer ausüben können. Der B. R. wies die Beschwerde mit der unzureichenden Begründung ab, die Ungleichheit sei die Folge rein äusserlicher Umstände, der Entfernung der verschiedenen Ortschaften voneinander. (*Salis*, III, Nr. 1212; I, S. 232 f.; B. Bl. 1878, II, 687.) Dagegen erklärte der B. R. ein Genfer Wahlgesetz, welches die Stimmabgabe für den ganzen Kanton im Palais électoral in Genf vorschrieb, wenigstens mit Art. 3 des Bundesgesetzes vom 19. Juli 1872 (Ausübung des Stimmrechts am Wohnsitz) im Widerspruch. (B. Bl. 1877, IV. 443; vgl. 1879, III, 108; A. S. IV, 108.)

Das *Proportionalwahlverfahren* als solches wurde mehreremal als verfassungsmässig erklärt, indem Verfassungen, die es vorsahen, die eidg. Gewährleistung erteilt wurde (vgl. Rekurs *Jahn*, B. Bl. 1900, III, 580). Eine gegen dasselbe auf Grund kantonaler Verfassungsvorschriften und des Art. 4 B. V. eingebrachte Beschwerde wurde vom B. R. und von der B. Vers. unter Hinweis auf jene Präjudizien abgewiesen (B. Bl. a. a. O. IV, 789; 1902, I, 822). Bei der Gewährleistung der am 23. Oktober 1898 revidierten Schwyzer Verfassung entstand die Frage, ob nicht eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze darin liege, dass in den Wahlkreisen, die drei oder mehr Vertreter in den Grossen Rat zu wählen hatten, das Proportionalwahlverfahren, in den anderen dagegen das System des absoluten Mehrs befolgt wurde. Der B. R. wollte in dieser Zweispurigkeit keine Verfassungsverletzung erblicken, weil das erstere Verfahren erst möglich wäre, wo mehr als zwei Vertreter zu wählen seien, was unrichtig ist; eine ähnliche Bestimmung der Zuger Verfassung (§ 78, Abs. 2) hatte übrigens auch die eidg. Garantie erlangt. (A. S. XIV, 280.) Das gleiche wurde der Schwyzer Verfassungsrevision zu teil. (A. S. XVII, 758.) Diese Lösung ist zum mindesten anfechtbar. Anderseits setzte die B. Vers. an der gleichen Schwyzer Verfassung aus, dass in drei Bezirken, die nur aus einer Gemeinde bestehen, in der Bezirksversammlung, wie in der Gemeindeversammlung, die geheime Stimmabgabe eingeführt werden könne,

während dies in den Bezirksversammlungen der drei anderen Bezirke nicht möglich sei; eine unleugbare und im Prinzip nicht zu rechtfertigende Ungleichheit, die aber doch unter den gegebenen Umständen wohl zu entschuldigen war. (A. S. XVII, 758; B. Bl. 1900, II, 849.)

B. Materielle Ungleichheit in der Gesetzgebung.

Über die Gleichstellung der *Geschlechter* im öffentlichen und Privatrecht bemerkt das B. Ger. in seinem Urteil vom 29. Januar i. S. Kempin, XIII, 4: Wenn die Rekurrentin aus Art. 4 der B. V. folgert, er postuliere die volle rechtliche Gleichstellung der Geschlechter auf dem Gebiete des gesamten öffentlichen und Privatrechts, so ist diese Auffassung ebenso neu als kühn, sie kann aber nicht gebilligt werden. Eine solche Folgerung würde sich mit allen Regeln historischer Interpretation in Widerspruch setzen. Die verschiedene rechtliche Behandlung der Geschlechter auf dem Gebiete des öffentlichen Rechts erscheint jedenfalls zurzeit noch nicht nach allgemeiner Anschauung als eine der inneren Begründung entbehrende.

Die Einrichtung der *gewerblichen Schiedsgerichte* als besondere Gerichte für gewisse Bevölkerungsklassen ist angesichts der besonderen Bedürfnisse dieser Klassen keine verfassungswidrige Ungleichheit: 18. Dezember 1885 i. S. Compagnie générale des tramways, XI, 478.

Das kantonale Prozessrecht kann ohne Verfassungswidrigkeit gestatten, dass der Präsident eines Gerichts in einer Sache amtiere, in der sein Sohn als Anwalt auftritt: B. Ger. 11. November 1903 i. S. Aebi und Gundrum, XXIX, 408.

Die besondere strafrechtliche *Verantwortlichkeit* für *Pressdelikte* macht keine verfassungswidrige Ungleichheit aus: B. Ger. XXIV, 439; vgl. Art. *55*.

Eine *Geldstrafe* von *Fr. 45,000* für eine Salzregalübertretung steht allerdings in einem Missverhältnis zur Schuld; allein diese Erscheinung tritt überhaupt bei Anwendung fiskalischer, wesentlich auf Abschreckung abzweckender Strafgesetze nicht selten zu Tage: B. Ger. XVIII, 138.

Der Ausschluss der *Vergeldstagten* vom Recht, Dritte vor Gericht zu vertreten, verstösst nicht gegen feststehende oberste Grundsätze des geltenden Rechts: 5. November 1880 i. S. Jäggi, VI, 481. Das Erfordernis eines *Diploms* zur Ausübung des *ärztlichen* Berufes, auch gegenüber einem bloss die *Naturheilmethoden* anwendenden Arzte ist keine Rechtsungleichheit: B. Ger. XXIII, 1319. Die Schliessung der *Coiffeurgeschäfte* an Sonn- und Feiertagen von 1 Uhr nachmittags an ist keine Verletzung der Rechtsgleichheit, trotzdem sie für andere Berufe nicht gilt: B. Ger. XVII, 50. Die zu gunsten der althergebrachten *Alpstubeten* gemachte Ausnahme vom allgemeinen Tanzverbot ist dem Art. 4 B. V. nicht zuwider: B. Ger. XIII, 105; vgl. oben S. 83. Die *Ausnahme gewisser Objekte* wie Mobiliar und Warenvorräte industrieller Etablissemente von der kantonalen *staatlichen Versicherung* rechtfertigt sich durch sachliche Erwägungen der Versicherungstechnik und der Finanzpolitik: B. Ger. XIX, 335. Keine Rechtsungleichheit liegt darin, dass die Armen einer mit einer anderen verschmolzenen Gemeinde nicht dieser sondern anderen wenig besteuerten Gemeinden zugeteilt werden: B. Ger. XV, 208. Auch wurde der Ausschluss, bezw. die Nichtzugehörigkeit der

unehelichen Nachkommen von einer Korporationsgemeinde mit öffentlichrechtlichem aber rein vermögensrechtlichem Charakter mit Recht als zulässig erklärt, mit etwas mangelhafter Begründung: B. Ger. 29. Oktober 1903 i. S. Schwerzmann u. G., XXIX, 399.

Eine grosse Anzahl Entscheidungen betreffen die gleichmässige Verteilung der *Steuerlasten*.

Es ist, so hat das B. Ger. entschieden, mit Art. 4 B. V. vereinbar, gewisse Gewerbe, die aus politischen Gründen dem Patentzwang unterworfen sind, auch einer besonderen, zur allgemeinen Einkommensteuer hinzukommenden *Patentsteuer* zu unterwerfen: 24. März 1882 i. S. Martin Siegrist u. G., VIII, 17. Die Begründung ist m. E. unzureichend, weil die Gründe, welche die Patent- oder Konzessionspflicht rechtfertigen, die Auferlegung einer neuen, besonderen Steuer noch keineswegs rechtfertigen, wenn man das Patent selbst nicht als ein vom Staat nur gegen Entgelt zu erteilendes Privileg betrachtet, was im Bereiche der Gewerbefreiheit unrichtig ist (vgl. Art. *31*). Mit Rücksicht auf jene Konzessionspflicht hat es das B. Ger. als verfassungsgemäss erklärt, dass *Sensale* und *Börsenagenten* wie zu besonderer Buchführung und zu Kautionsleistung, so auch zur Entrichtung einer besonderen Verkehrssteuer (Abschlussgebühr) verpflichtet seien, der Banquiers nicht unterworfen sind: B. Ger. X, 29. Eine die *Aktien-* und *Kommanditgesellschaften* und die *Kreditgenossenschaften* treffende Patentgebühr nach Massgabe ihres Geschäftsbetriebes lässt sich aus dem besonderen wirtschaftlichen Charakter dieser Verbände rechtfertigen: B. Ger. XIII, 20. Die *Herabsetzung* der Patentsteuer für die den Gemeinden gehörenden Wirtschaften, die keine monopolpflichtigen gebrannten Wasser ausschenken, lässt sich sachlich begründen: B. Ger. XV, 559. Eine mässige *Schlachthausgebühr* (Fr. 12 für Grossvieh, Fr. 1—2 für Kleinvieh) ist zulässig als Entgelt für den Gebrauch des öffentlichen Schlachthauses, wenn sich auch Wert und Gegenwert nicht genau entsprechen: B. Ger. XVIII, 428. Darin, dass den *Aktiengesellschaften* bei Versteuerung ihres Grundeigentums an die Gemeinden der *Schuldenabzug* nicht gestattet wird, liegt keine Verletzung des Art. 4 B. V. mit Rücksicht auf die besonderen wirtschaftlichen Verhältnisse dieser Gesellschaften, wie Ansammlung grosser Vermögenswerte, Entzug der Gemeindesteuern bei Niederlassung ausserhalb der Gemeinde, B. Ger. X, 167, wie es auch nicht gegen die Rechtsgleichheit verstösst und kein Vorrecht des Ortes begründet, wenn ausserhalb des Kantons wohnenden Grundeigentümern der Schuldenabzug nicht gestattet wird: B. Ger. VII, 205; XIX, 265; vgl. darüber Art. *46*, Abs. 2. Die Beiziehung einer *Aktiengesellschaft* zur *Armensteuer* ist zulässig: Die Sorge für das Armenwesen ist ein allgemeiner öffentlicher Zweck des Gemeinwesens; wenn dieses zur Erreichung desselben auch solche zu Beiträgen heranzieht, welche daraus einen direkten Vorteil nicht ziehen können, so begeht es keine Rechtsungleichheit: B. Ger. XXI, 933; aus gleichen Gründen hat es auch das B. Ger. für zulässig erklärt, Aktiengesellschaften mit Kultussteuern zu belegen, und eine ähnliche Erwägung liegt dem in anderen Punkten nicht ganz zutreffenden Entscheide zu grunde, dass niedergelassene Schweizerbürger am Orte ihres Wohnsitzes zur Armensteuer herangezogen werden können, trotzdem sie an ihrem Heimatsorte unterstützungsberechtigt bleiben: 22. März 1900 i. S. Scherrer u. Kons., XXVI, 7. Nicht ganz

damit überein stimmt es, wenn das B. Ger., allerdings in einer älteren Entscheidung, II, 167, die Befreiung der Geistlichen von einer zur Deckung der Militärkleidungsausgaben erhobenen Steuer mit Rücksicht auf die kantonale Steuerhoheit unbeanstandet liess. — Unbedenklicher erscheint die Entscheidung vom 27. Februar 1886 i. S. Musée national polonais, XII, 42 und 15. Oktober 1902 i. S. Gem. Rat Rapperswyl u. G., XXVII, 315, durch welche das B. Ger. es zulässig erklärte, dass *ausserkantonale wohltätige und Erziehungsanstalten* der Steuerbefreiung nicht teilhaftig werden, welche die Anstalten des Kantons geniessen.

Die Besteuerung der Einlagen in den *Erneuerungsfonds* und den *Amortisationsfonds* als Geschäftsgewinn, in dem Sinne, dass nur die wirklich vollzogenen Abschreibungen vom Gewinn abgezogen werden können, ist nicht willkürlich: B. Ger. XXV, 171. — In einem Urteil vom 20. Februar 1892, i. S. Gotthardbahn, XVIII, 14, sprach sich das B. Ger. dahin aus, die Vorschrift müsste als ein verfassungsmässig unzulässiges Ausnahmegesetz bezeichnet werden, wodurch Lagerhausbesitzer verpflichtet würden, für die bei ihnen eingelagerten fremdem Waren die Vermögenssteuer als eigentlich steuerpflichtiges Subjekt auf eigene Rechnung, nicht nur vorschussweise als gezwungene Stellvertreter des Eigentümers, zu bezahlen.

Die B. V. überhaupt und Art. 4 im besonderen gewährleisten nicht die Unantastbarkeit *wohlerworbener Privatrechte* durch die Gesetzgebung (vgl. B. Bl. 1896, II, 555; *Salis*, I, Nr. 62): B. Ger. 5. November 1896 i. S. Lussy, XXII, 1018.

C. Willkürliche Auslegung des Gesetzes.

Über den *Begriff* der willkürlichen, offenbar unrichtigen Auslegung s. Ziffer II, S. 79—83; hier seien noch ein paar Entscheidungen angeführt, in denen die Willkürlichkeit verneint wurde. In den Entscheidungen B. Ger. XII, 245, Zulässigkeit der Kompensationseinrede im Exekutionsstadium der Wechselbetreibung nach früherem kantonalem Recht; XIII, 4, Auslegung des Ausdrucks: Aktivbürgerrecht nach zürcherischem Recht; XXII, 358, Konnexität zweier Klagen; XIV, 24 (die Aufzählung des waadtländ. C. P. P. Art. 13: «Il y a connexité soit lorsque les faits ont été commis en même temps par plusieurs personnes réunies, soit lorsque les uns... soit encore lorsque...» sei nicht limitativ) XXIX, 6, 389, hat das B. Ger. zwar die Möglichkeit eines Rechtsirrtums seitens der kantonalen Behörde aber keine willkürliche Auslegung angenommen, während es die Beschwerde in folgenden Fällen einfach abwies: XV, 5, Zurückkommen auf eine sich als unrichtig erweisende Steuertaxation; es wird dabei wenigstens anzunehmen sein, dass dem anders Taxierten das frühere Rekursrecht gewahrt bleibt; XVI, 485: unter «Verkaufen» im Sinne des Lebensmittelpolizeigesetzes sei nicht sowohl der Abschluss des Kaufvertrages als das durch den Kaufvertrag vermittelte Inverkehrbringen der gefälschten Waren zu verstehen; XXIV, 439, Subsumierung der Ausgabe von Prämienlosobligationen unter dem Begriff «Lotterie»; 7. März 1897 i. S. Keller, XXI, 13, wo die spöttische Beschreibung der körperlichen Erscheinung einer Frau als Beschimpfung erklärt wurde.

In den Urteilen vom 23. Juli 1883 i. S. Baumgartner, IX, 234 und 20. März 1885 i. S. Habermacher, XI, 8 wurde entschieden, die Behand-

lung von *Scheingeschäften* nach ihrer von den Parteien beabsichtigten materiellen Wirkung und nicht nach ihrer formalen juristischen Gestaltung, enthalte keine Willkür.

Die Verletzung des Grundsatzes: *nulla poena sine lege* verstösst gegen Art. 4 B. V., B. Ger. 30. Dez. 1882 i. S. Gujer, VIII, 691: Bestrafung wegen sich begünstigen lassen eines Gläubigers durch den Konkursiten; XXI, 323: unrichtiges Handgelübde; 25. Nov. 1897 i. S. Gotthardbahn-Gesellschaft, XXIII, 1336: Überschreitung des Bussenmaximums bei einer Übertretung der Wasserbaupolizei; wogegen das B. Ger. die Verurteilung zur Abgabe einer Ehrenerklärung ohne nachgewiesene Schuld als zulässig ansah, weil die Ehrenerklärung keine Strafe sei: B. Ger. XVI, 478.

Willkürlich ist die Auslegung der Bestimmung, die einem Gerichtsbeamten verbietet, an einer Entscheidung als Richter mitzuwirken, die er schon in anderer amtlicher oder nichtamtlicher Eigenschaft (z. B. als Rechtsanwalt) vorbereitet hatte, dahin, dass ein solcher Beamter auch beim Entscheide über eine andere Sache gleicher rechtlicher Natur nicht mitwirken dürfe, was vielleicht etwas weit gegangen ist, denn eine solche Bestimmung wäre nicht sinnlos: B. Ger. XIII, 101; 20. Dez. 1899 i. S. Rossier, XXV, 406, wo entschieden wurde, dass ein *Richter in der gleichen Sache in erster und zweiter Instanz* (in einem gewerblichen Schiedsgericht) ohne Verletzung wesentlicher prozessrechtlicher Garantien der Parteien nicht sitzen könne. — Willkürlich ist es auch, wenn das Gericht den *Sachverständigenbeweis* als nicht erbracht erklärt, weil das Gutachten innert der gestellten Präklusivfrist nicht einläuft, während doch der Partei keine Einwirkung auf die Sachverständigen zusteht, sondern nur dem Gericht: B. Ger. XIII, 361. — Wenn das Bezirksgericht annahm, die N. O. B. sei keine Korporation i. S. der thurg. C. P. O., so ist das keine willkürliche Interpretation. Willkürlich ist es aber, dass die N. O. B. nur durch einen patentierten Anwalt soll *vertreten* werden können, während Einzelpersonen durch Verwandte, Korporationen durch Vorsteher oder Angestellte vertreten werden können: B. Ger. XXIV, 195.

Die Annahme, durch nicht rechtzeitige Erhebung des Rechtsvorschlages erkenne der Betriebene die Schuld an, ist eine willkürliche: 29. Juni 1899 i. S. Gisler, XXV, 186. — Das *Sch. B. u. K. Gesetz* sieht keine Nachlassbehörde 2. Instanz vor; richten die Kantone eine solche ein, so können sie auch das Verfahren vor derselben bestimmen und die zweite Instanz bloss auf Grund der Akten entscheiden lassen; gestatten sie aber einer Partei, nova vorzubringen, so müssen sie auch der anderen Gelegenheit geben, sich darüber auszusprechen: B. Ger. XXV, 397; vgl. auch B. Ger. XXIV, 3 und XXV, 321.

Eine willkürliche Anwendung des *Expropriationsverfahrens* ist es, wenn eine Eisenbahngesellschaft zur Zahlung einer Summe Geldes an eine Gemeinde verhalten werden soll, weil die Gemeinde auf einen Reistübergang über die Bahn verzichtet hat: B. Ger. XXII, 991. — Wenn das Expropriationsgesetz vorschreibt, dass die Expropriation vom Grossen Rat auf *Grund eines Katasterplanes* gestattet werden soll, so kann es dem Regierungsrate nicht zustehen, den zwangsweisen Erwerb einer Parzelle zu erlauben, weil das Unternehmen schon früher vom Grossen Rat durch Gesetz als im öffentlichen Interesse stehend erklärt wurde: B. Ger. XXIII, 467.

Es ist willkürlich, *eine auf den Reg. Rat als solchen bezügliche Bestimmung* (betr. Verleumdung und Injurie) auf die Steuerkommission anzuwenden, in der von Rechts wegen ein Regierungsrat sitzt: B. Ger. XVI, 463. — Dagegen liegt keine Willkür in der Entscheidung, dass als «*Salz*» im Sinne des Salzregalgesetzes auch das Düngsalz anzusehen sei, wenn auch ursprünglich das Gesetz nur Salz als Lebensmittel im Auge hatte. Die Anwendbarkeit der Gesetze ist in der Tat nicht auf diejenige Gestaltung der Lebensverhältnisse beschränkt, welche zur Zeit ihres Erlasses bestanden: B. Ger. XVIII, 138. — Die Anwendung der Worte: «Das Angebot, das Verkaufen und Kaufen von Waren, indem sie von Haus zu Haus oder auf der Strasse mitgeführt werden (eigentliches *Hausieren*)» auf die Entgegennahme von Bestellungen nach mitgeführten Mustern oder ohne solche, ist willkürlich: B. Ger. IX, 410. — Die *Entlassung* eines auf *unbestimmte* Zeit angestellten *Kaminfegers* aus dem Amte verletzt den Art. 16 der Berner Verf. nicht, wonach kein Beamter oder Angestellter des Staates von seinem Amte anders als durch richterliches Urteil entfernt werden kann: B. Ger. XXIV, 45.

Eine Verwaltungsbehörde, welche einem ausländischen Arzte die Bewilligung zur Ausübung seines Berufs erteilt, trotzdem er die gesetzlichen Bedingungen offenbar nicht erfüllt, begeht eine verfassungswidrige Willkürlichkeit: B. Ger. 22. Juli 1902 Association des médecins du canton de Genève, XXVIII, 240.

Wenn die Steuerkommission als *versteuerbaren Wert* (Verkaufswert) den Betrag annahm, mit dem der Rekurrent die Objekte in seiner *Geschäftsbilanz* einsetzt, so begeht sie keine Willkür: B. Ger. XXIII, 1326. — Hat nach kantonalem Recht der Vater keinen Niessbrauch an den Spargeldern der Kinder, so dürfen dieselben auch nicht zum steuerpflichtigen Nachlass des Vaters gerechnet werden: B. Ger. XXIV, 25. Wenn das Steuergesetz von der *Gemeindesteuer* diejenigen staatlichen Liegenschaften ausnimmt, die unmittelbar einem staatlichen Verwaltungszweige dienen oder *im Dienste des öffentlichen Unterrichts* stehen, so können darunter nicht Wälder verstanden werden, deren Ertrag vom Staat der Universität zugewendet wird: B. Ger. XXIV, 37. Diese Einkünfte sind durch die Verfügung des Staates hinsichtlich ihrer Zweckbestimmung näher spezialisiert aber für diesen Zweck nicht weniger mittelbar verwendet. — Vom formellrechtlichen Standpunkt aus ist es nicht willkürlich, zu behaupten, dass eine Versicherungsgesellschaft auf Gegenseitigkeit als Korporation ein selbständiges Einkommen habe: B. Ger. 13. April 1898 i. S. Lebensversicherungs- und Ersparnisbank in Stuttgart, XXIV, 174; vgl. B. R. B. v. 11. Febr. 1898, B. Bl. 1898, I, 259. — Es ist willkürlich, denjenigen Teil einer Verfassungsbestimmung, welcher den A. G. gestattet, 4% Zins ihres Aktienkapitals von ihrem versteuerbaren Einkommen abzuziehen, nur auf A. G., die im Kanton ihren Hauptsitz haben, anzuwenden, die übrige Bestimmung aber (Steuerpflicht als solche) auf alle A. G. anzuwenden, während die Verfassung die Unterscheidung nicht macht: B. Ger. XXVI, 28.

Das B. Ger. hat es mitunter auch als eine Verletzung des Art. 4 B.V. erklärt, wenn ein Rechtssatz von einer offenbar inkompetenten Behörde aufgestellt wurde, während diese *Kompetenzüberschreitung* in der Regel als eine Verletzung des durch die Kantonsverfassung garantierten

Grundsatzes der Trennung der Gewalten behandelt wird: vgl. B. Ger. XII, 567; XIV, 234.

Endlich entschied das B. Ger. m. E. in übertriebener Ausdehnung des Begriffes, dass die Gleichheit vor dem Gesetze schon dann verletzt sei, wenn der Grundsatz der *derogatorischen Kraft des eidgenössischen Rechts gegenüber dem kantonalen* verletzt werde oder umgekehrt, wenn das kantonale Recht unrichtigerweise als durch das eidgenössische aufgehoben erachtet werde, auch wenn die Auslegung nicht auf Willkür beruhe: B. Ger. 14. Mai 1903 i. S. Cardener, XXIX, 180; vgl. XXV, 185. Warum hier gegen unrichtige Auslegung eidgenössischen Rechts ein besonderer Schutz notwendig ist, ist nicht einzusehen.

D. Rechtsverweigerung.

Über den *Begriff* der Rechtsverweigerung und deren Ableitung aus der Verletzung der Rechtsgleichheit vgl. B. Ger. I, 3; III, 429 und oben S. 74 f. — Auch die willkürliche *Verneinung der Kompetenz* involviert eine Rechtsverweigerung: B. Ger. 18. Juli 1898 i. S. Jost, XXIV, 431. Ebenso liegt in dem Umstand, dass die Gerichte der beiden allein in Betracht kommenden Kantone die Anhandnahme einer Strafklage (über Beleidigung) wegen Unzuständigkeit verweigern (*negativer Kompetenzkonflikt*), eine Rechtsverweigerung: B. Ger. 20. April 1898 i. S. Meyer, XXIV, 181; XIV, 493, wo zugleich ein negativer Kompetenzkonflikt mit dem Ausland vorlag. — In internationalen Gerichtsstandsfragen ist mangels Staatsvertrages in der Regel das kantonale Prozessrecht massgebend; das kantonale Gericht darf aber auch hier nicht willkürlich seine Unzuständigkeit erklären: B. Ger. 10. Nov. 1888 i. S. Tetsch u. Blecken, XIV, 493; das B. Ger. scheint sogar anzunehmen, die Ablehnung der Kompetenz gemäss kantonalem Recht komme einer Rechtsverweigerung gleich, wenn dieses Recht gegen elementare Rechtsauffassungen verstosse: 12. Nov. 1902 i. S. Heisler, XVIII, 327; der Verstoss sollte in diesem Falle darin liegen, dass die Klage aus einem Liegenschaftskauf als dingliche i. S. des Gerichtsstandsgesetzes behandelt wurde, was m. E. keineswegs so absurd ist. Im gleichen Urteil wurde entschieden, die Vollziehung eines ausländischen Urteils dürfe nicht verweigert werden, wenn das ausländische Gericht nach dem eigenen Gerichtsstandsgesetz des ersuchten Kantons zuständig sei und das kantonale Recht diese Vollziehung gestattet. M. E. kann Art. 4 hier wie überall nur angerufen werden, wenn die internationale Gerichtsstandsnorm des kantonalen Rechts an sich willkürlich ist oder willkürlich ausgelegt wird.

Eine Rechtsverweigerung begeht die Behörde, welche auf das ihr gestellte Gesuch *keine bestimmte Antwort* erteilt: die Gesuchsteller können einen bestimmten Entscheid im einen oder anderen Sinne fordern: 21. Juni 1899 i. S. Stadtgemeinde St. Gallen, XV, 28; vgl. XXIII, 979. Weigert sich aber eine Behörde, eine Handlung vorzunehmen, in einer motivierten Entscheidung, so liegt keine Rechtsverweigerung vor, sondern eventuell bloss eine willkürliche Gesetzesauslegung: B. Ger. 30. Sept. 1903 i. S. Boller u. Ramseyer, XXIX, 270. — Die Annullierung eines bereits ergangenen und rechtskräftig gewordenen Urteils (weil es mit einem erst später bekannt gewordenen Entscheide einer höheren Instanz

nicht übereinstimmt) kommt einer Rechtsverweigerung gleich: B. Ger. XV, 9; desgleichen, wenn ein solches Urteil unzuständigerweise durch das Kantonsgericht als *Aufsichtsbehörde* aufgehoben wird: B. Ger. 6. Febr. 1902 i. S. Galster, XXVIII, 1.

Wenn der Regierungsrat kompetent ist, Steuerstreitigkeiten der evangelisch-reformierten Kirchgemeinde zu entscheiden, so kann er sich auch der Entscheidung der *Vorfrage*, ob Rekurrent zu dieser Gemeinde gehöre, nicht entziehen, aus dem Grunde, weil diese letztere Frage eine theologisch-dogmatische wäre; sie ist vielmehr eine juristische: B. Ger. VIII, 151. In einem anderen Falle wurde dagegen entschieden, die Aussetzung des *Strafverfahrens* bis nach Entscheidung einer *zivilrechtlichen Vorfrage* durch den Zivilrichter sei keine Rechtsverweigerung: die Frage, inwieweit präjudizielle Fragen zivilrechtlicher Natur vom Strafrichter zu entscheiden seien, werde von den Gesetzgebungen verschieden beantwortet: B. Ger. XVI, 4. Ein Widerspruch liegt in diesen beiden Entscheidungen nicht; im erstzitierten Falle wurde Rechtsverweigerung angenommen, weil es nach Gesetz gar keine andere Behörde gab, welche die Vorfrage hätte entscheiden können. — Eine Rechtsverweigerung liegt noch nicht in der Negierung der *Editionspflicht* des Gegners, weil diese Entscheidung für die Entscheidung der Sache selbst möglicherweise unerheblich ist: B. Ger. IX, 5.

In der Auflage einer *Rechtsvertröstung* an den Kläger in einer Zivil- oder Injuriensache liegt keine Rechtsverweigerung, es wäre denn, das Quantum würde zum Zweck der Eludierung der Klage übermässig hoch festgesetzt; gegenüber dem Unbemittelten liegt darin keine Rechtsverweigerung, weil er das Armenrecht verlangen kann: B. Ger. 15. April 1882 i. S. Schmidlin, VIII, 177. Aus diesem Grunde erkannte das B. Ger., die Auferlegung einer übermässig hohen (Fr. 3000) Prozesskaution stehe im Widerspruch mit Art. 4 B. V.: es muss genügen, wenn dem Kläger eine Kaution auferlegt wird, welche zur Deckung der dem Beklagten in erster Linie notwendig erwachsenden Kosten hinreicht, da sie später erhöht werden kann, wenn sie sich als ungenügend erweist: B. Ger. 18. Januar 1884 i. S. Hegner, X, 4. — Die Verweigerung eines Gerichts, die Berufung des verurteilten Beklagten anzunehmen, weil er die gesetzliche *Gebühr* von *Fr. 130* nicht hinterlegt hat, ist eine Rechtsverweigerung; allerdings ist der Staat berechtigt, für die Ausübung der Rechtspflege Gebühren zu fordern; allein solche Vorschriften fordern doch eine Ergänzung in dem Sinne, dass dem Bürger, der sich über seine Mittellosigkeit ausweist, die vorgängige Erlegung der Gebühren nachgesehen wird: B. Ger. 30. Sept. 1887 i. S. von Courten, XIII, 253. — Eine Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die zur Erteilung des *Armenrechts* zuständige Behörde dasselbe verweigert, weil sie den geltend zu machenden Anspruch, ohne dass er augenscheinlich unbegründet wäre, nach eigener Prüfung für unbegründet erachtet: B. Ger. 19. Sept. 1900 i. S. Wicki, XXVI, 273.

Der *Zivilkläger* hat Anspruch darauf, dass vom zuständigen Richter über seinen *vorgebrachten Anspruch*, wenn er ihn auch ganz unrichtig vorgebracht hat, im *Dispositiv* abgeurteilt und nicht nur in den Motiven der Grund des Nichteintretens angegeben werde: B. Ger. 6. Okt. 1897 i. S. Bolliger, XXIII, 1314; der Grundsatz ist gewiss richtig, brauchte

aber m. E, in Fällen, wo der Anspruch offenbar unbegründet war, wie hier, nicht in seiner ganzen Strenge angewendet zu werden.

Wer *Strafklage* wegen Verleumdung einlegt, hat ein Recht, dass sie auch *strafrechtlich erledigt* werde und nicht bloss mit dem Hinweis auf einen durch die Verwaltungsbehörde erteilten Verweis: B. Ger. 23. Okt. 1895 i. S. Strasser, XXI, 930. — Stellt sich eine Injurienklage ihrem Petitum nach (gehend auf Strafe) als eine strafrechtliche dar, so kann sie, auch wenn das dafür zuständige Gericht ein Zivilgericht ist, nicht unter Berufung auf Art. 59 B. V. abgewiesen werden, und zwar auch nicht, wenn zugleich noch Zivilansprüche geltend gemacht werden: B. Ger. 26. Mai 1897 i. S. Schweizer, XXIII, 537. In der Nichtberücksichtigung einer *Strafanzeige* z. B. im Falle negativen Kompetenzkonflikts zweier Kantone liegt eine Rechtsverweigerung: B. Ger. XI, 111; über andere Fälle *negativen Kompetenzkonfliktes* s. oben S. 94.

Das B. Ger. hat in den zitierten Entscheiden die Frage nicht aufgeworfen, ob der private Strafkläger ein subjektives Recht auf die materielle Behandlung seiner Klage habe, gleich, wie es das B. Ger. für die Zivilkläger auf Grund des Art. 4 angenommen hat. Wenn es sich um einen privatrechtlichen Anspruch handelt, darf wohl unbedingt der Anspruch auf materielle Erledigung durch das kompetente Gericht aus Art. 4 B. V. gefolgert werden, sofern man darin überhaupt einen Schutz gegen Rechtsverweigerung erblicken will; denn Privatrechte werden nur durch den Richter auf Klage hin geschützt. Bei der eigentlichen Strafklage handelt es sich aber nicht um einen Privatanspruch, sondern um die Geltendmachung eines öffentlichrechtlichen Rechtssatzes[1]).

Die Frage, ob in der Nichtberücksichtigung eines derartigen Begehrens, durch die im übrigen kompetente Behörde, eine Rechtsverweigerung liegt, hängt davon ab, ob der Verletzte ein wirkliches Beschwerderecht hatte, d. h., ob nach dem massgebenden kantonalen Prozessrecht die Behörde verpflichtet ist, über ein solches Gesuch Recht zu sprechen, oder ob sich die Eingabe rechtlich als blosse Petition darstellt (s. Art. 57). Hat der Verletzte kein eigentliches Beschwerderecht, so liegt in der Vernachlässigung seiner Eingabe auch keine Rechtsverweigerung. Diese Vorfrage ist aber nach dem zur Anwendung kommenden (kantonalen) Prozessrecht zu entscheiden, welches häufig darüber keine bündige Auskunft erteilen wird. Die B. V. gibt nicht selbst dem Bürger ein Beschwerderecht; sie verlangt nur, dass, wo er es nach kantonalem Recht hat, Recht gesprochen werde. Der Strafkläger wird sich also nur unter der Voraussetzung über Rechtsverweigerung beklagen können, dass er nach kantonalem Prozessrecht die Erhebung der öffentlichen Klage auf Strafe bewirken kann, ohne an das Ermessen einer

---

[1]) Das B. Ges. betr. die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 160 ff., gibt dem Verletzten das Recht, gegen einen letztinstanzlichen abweisenden Entscheid der kantonalen Überweisungsbehörde die Kassationsbeschwerde beim B. Ger. einzulegen, wenn das Vergehen nach eidg. Gesetzen zu beurteilen war; damit wird die Pflicht der Überweisungsbehörde, die Strafklage zu erheben, wenn die rechtlichen und tatsächlichen Voraussetzungen vorliegen, wenigstens bezüglich ersterer, zum subjektiven Recht des Verletzten. Zu bemerken ist aber, dass sich die Kassationsbeschwerde nur darauf stützen kann, dass das eidg. *Recht* verletzt, m. a. W., dass ein Rechtssatz falsch interpretiert oder angewendet worden sei, nicht aber dass, trotz richtiger Gesetzesauslegung, die Strafklage nicht erhoben wurde, weil die tatsächlichen Anhaltspunkte zur Erhebung der Anklage gegen den Angeschuldigten ungenügend schienen.

Behörde gebunden zu sein; ist aber dies letztere der Fall, ist seine «Klage» nur eine Strafanzeige, so ist keine Rechtsverweigerung gegeben, wenn die Behörde, welche nach eigenem Ermessen darüber zu entscheiden hat, die Strafklage nicht erhebt.

Nach gleichem Grundsatz entscheidet sich die Frage, wann die Nichtbeantwortung *administrativer Gesuche* und Beschwerden eine Rechtsverweigerung sei; denn offenbar hat nicht jede Eingabe Anspruch auf Entscheidung, wie nicht jede Verletzung des Verwaltungsrechts zugleich die Verletzung eines subjektiven Rechts ist. Nur unter diesem Vorbehalt ist den nachstehenden Entscheidungen zuzustimmen.

Nachdem ein Kaminfeger vom Reg. Rat durch *administrative Verfügung* und vorgängig jedes gerichtlichen Urteils wegen Überschreitung des Tarifs auf ein Jahr *eingestellt* wurde, konnte der Reg. Rat nicht verweigern, auf sein Gesuch um Aufhebung der Einstellung zu antworten, weil der Entscheid vom Ausgange des Strafverfahrens abhänge: B. Ger. XXIII, 1317; vgl. XXIV, 45. — Indem der Kleine Rat von Graubünden verweigerte, auf die Beschwerde eines Pfarrers wegen Suspendierung im *Disziplinarverfahren* durch den Kirchenrat und die Synode in Süs einzutreten, beging er keine Rechtsverweigerung, einmal, weil es sich um Anwendung interner Satzungen der Kirche, also autonomer Erlasse einer vom Staate anerkannten öffentlichen Korporation handelte, die keinen Teil des staatlichen Verfassungs- oder Gesetzesrechts bilden, und sodann, weil es sich nicht um eigentliche Jurisdiktion, sondern um Ausübung der Disziplinargewalt handelt: B. Ger. 18. Nov. 1897 i. S. Schweizer, XXIII, 1533. Der erstangeführte Grund ist zutreffend, nicht weil es sich um eine *öffentliche* vom Staate anerkannte Korporation handelt, sondern weil es sich um eine *autonome* öffentliche Korporation handelt. Der zweite Grund dagegen ist allein ausreichend; denn im Disziplinarverfahren gilt m. E. das Verbot der Rechtsverweigerung und der Verweigerung des rechtlichen Gehörs überhaupt nicht, sofern wenigstens der andere Satz anerkannt ist, dass jeder sich der Disziplinargewalt und den Disziplinarstrafen durch Niederlegung seines Amtes entziehen kann[1].

Wiederholt hat das B. Ger. erklärt, dass von einer Rechtsverweigerung nur gesprochen werden könne, *wenn alle kantonalen Instanzen vergeblich durchlaufen seien*: 24. Juni 1882 i. S. der ref. Kirchengemeinde in Luzern, VIII, 154; XV, 193; XVIII, 7. — *Solange* aber *die Weigerung* der kantonalen Behörde *dauert*, ist die Beschwerde beim B. Ger. nicht verspätet: VIII, 154. Letzterer Entscheid scheint mir nur richtig, wenn die kantonale Behörde sich gar nicht ausgesprochen hat und auch durch ausdrücklichen Entscheid ihre Zuständigkeit nicht verneint hat. Liegt ein solcher Entscheid vor, so hat der dadurch Betroffene alle Veranlassung, zu rekurieren, und es ist nicht einzusehen, warum dieser Beschwerdegrund vor anderen priviligiert sein sollte, die eine ebenso schwere Rechtsverletzung bedeuten: vgl. Art. 170 O. G.

E. Verweigerung des rechtlichen Gehörs.

Im Urteile vom 26. Sept. 1902 i. S. Golliez, XXVIII, 232, hat das B. Ger. mit Recht ausgesprochen, der verfassungsrechtliche Anspruch

[1] *Laband*, a. a. O., I, 454.

auf rechtliches Gehör gelte nur in Zivil- oder Strafsachen, nicht aber in *Verwaltungssachen*; willkürliches Verfahren in einem einzelnen Falle vorbehalten.

In Zivil- oder Strafsachen dagegen liegt eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs schon darin, dass eine Partei *nicht gehörig geladen* wird, auch im Voruntersuchungsverfahren: B. Ger. 5. Juni 1885 i. S. Tirozzi et Cons., XI, 120; z. B., wenn bloss der Anwalt geladen wird: B. Ger. 16. Dez. 1896 i. S. Molinari, XXII, 912; wenn eine Partei nicht gehörig geladen worden ist, braucht sie nicht das gegen sie ergangene Urteil auf dem Wege der Restitution (relief) anzufechten, da dieses Rechtsmittel auch gegeben ist bei regelrechter Ladung: B. Ger. XXVII, 414. — Die Ladung hat in der Regel nach den Gesetzen des Kantons zu geschehen, wo der zu Ladende seinen Wohnsitz hat, ausgenommen, wenn der Wohnsitz nicht in Erfahrung gebracht werden kann, dann kann die Ladung auf dem *Ediktalwege*, und zwar nach der lex fori, erfolgen: B. Ger. XXVII, 414; die Anwendung jenes Grundgesetzes im vorliegenden Falle ist nicht recht verständlich; das Gericht von Aigle hätte können den Aufenthaltsort des Angeklagten in Appenzell A.-Rh. in Erfahrung bringen; folglich, sagt das B. Ger., sind die Bestimmungen des Appenzeller Gesetzes über Ediktalladung in Anwendung zu bringen. — *Ob* Ediktalladung zulässig sei oder nicht, entscheidet das Bundesrecht (Art. 4 B. V.); *wie* sie vorzunehmen sei, wenn sie zulässig ist, notwendigerweise die lex fori; die lex domicilii ist nur anwendbar, wenn *keine* Ediktalladung statthaft ist.

Es liegt keine Rechtsverweigerung darin, dass das Gericht den Nachweis fordert, dass die angeblichen Rechtsnachfolger einer Prozesspartei nach dem massgebenden (fremden) Rechte Erben der Prozesspartei geworden sind: B. Ger. XVII, 9 *(Sachlegitimation)*. — Das Gegenteil der Rechtsverweigerung liegt vor, wenn die Passivlegitimation einer Partei zu Unrecht angenommen wird: wenn die Vertreter einer noch nicht existierenden Gemeinde für diese verpflichtet werden, Rede und Antwort zu stehen: B. Ger. I, 339; vgl. IX, 231.

Der Anspruch der Partei auf rechtliches Gehör umfasst nicht das absolute Recht, sich durch einen Anwalt vertreten und vor Gericht beraten zu lassen: vgl. B. Ger. XXVII, 461. Das B. Ger. erklärte aber den 11. Nov. 1903 i. S. Aebi et Gundrum, XXIX, 406, wenn das kantonale Prozessgesetz dieses Recht gebe und die Wahl des Anwaltes nicht beschränke, sei es eine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör, diese Wahl gesetzwidrig zu beschränken. Das B. Ger. beging dabei, wie in einigen folgenden Entscheidungen, den Fehler, das Bestehen oder Nichtbestehen eines verfassungsmässigen Rechts vom kantonalen Recht abhängig zu machen. Eine Verletzung von Art. 4 lag vielmehr nur vor, wenn das kantonale Gesetz willkürlich ausgelegt wurde oder nicht gleich gegenüber beiden Parteien.

Eine verfassungswidrige Verweigerung des rechtlichen Gehörs kann auch dann vorliegen, wenn die Anhörung des Beteiligten bloss im kantonalen *Gesetz* vorgeschrieben ist: B. Ger. XXII, 910; es ist daher eine Missachtung der dem Bürger gegen behördliche Willkür gegebenen Garantien und eine willkürliche Gesetzesinterpretation, wenn die nachstehende Bestimmung dahin ausgelegt wird, dass die Behörde den Steuerpflichtigen nach ihrem Ermessen einvernehmen oder nicht einvernehmen

könne: «Hegt eine Gemeindeschätzungskommission Zweifel gegen die Richtigkeit der Angaben eines Steuerpflichtigen, so *kann* sie denselben persönlich vorbescheinen und . . . einvernehmen.» Wenn die Steuereinschätzung des Steuerpflichtigen in höherer Instanz erhöht wird, so muss der Betreffende gehört werden: B. Ger. XXIII, 449; XXV, 164. Dagegen braucht derjenige nicht geladen und gehört zu werden, *welcher seine Steuerpflicht nicht dem Betrage nach,* sondern *grundsätzlich bestreitet,* wenn die Behörde über die Höhe und Anlage der Steuer entscheidet: B. Ger. XXIV, 174. Diese Entscheidung erscheint nur dann als richtig, wenn die Unterlassung der Selbsteinschätzung (auch der eventuellen) die Behörde autorisiert, den Steuerpflichtigen nicht zu laden und einzuvernehmen, nicht aber, wenn dies nicht der Fall ist: denn derjenige, der sich darum nicht einschätzt, weil er die Steuerpflicht grundsätzlich bestreitet, hat deswegen nicht weniger Anspruch darauf, gehört zu werden, wenn dieser sein grundsätzlicher Standpunkt nicht anerkannt wird, als der andere, der sich nicht einschätzt, trotzdem er seine Steuerpflicht nicht bestreitet.

Das Rekursrecht in Steuersachen wird wegen Unterlassung der Selbsteinschätzung dann nicht verwirkt, wenn der Rekurrent bisher gar nicht besteuert wurde und daher annehmen durfte, er hätte überhaupt nichts zu versteuern: B. Ger. VII, 205.

Eine Verweigerung des rechtlichen Gehörs liegt darin, dass dem Angeschuldigten *keine Gelegenheit gegeben wird, sich in der Voruntersuchung zu verteidigen,* dass ihm vor der Ladung zur Hauptverhandlung das ihm zur Last gelegte Delikt nicht einmal angegeben wird: B. Ger. 30. Dez. 1902 i. S. Gujer, VIII, 691; 17. Dez. 1896 i. S. Badent u. Kögel, XXII, 918; oder wenn ein Zivilurteil, das gegen einen Erben lautet, gegen alle exequiert wird; ebenso, wenn jemand als Zeuge geladen und erst im Urteil der letzten Instanz als Angeklagter behandelt wird: B. Ger. 10. April 1895 i. S. Hächler, XXI, 323.

Eine vom Richter in amtlicher Form erteilte *Warnung* oder *Rüge* auf blosse Beleidigungsklage hin *ohne Verhör des Beschuldigten* ist dem Art. 4 B.V. zuwider; wenn aber dem Angeschuldigten zugleich die Möglichkeit gegeben wird, sich hören zu lassen und damit die Rüge aufzuheben, so ist Art. 4 nicht verletzt: B. Ger. XXIV, 569.

Ein freisprechendes (Polizei-) Strafurteil darf in der *Kassationsinstanz* nicht aufgehoben werden, ohne dass der Kassationsbeklagte vorher noch einmal angehört wird: B. Ger. 30. Mai 1895 i. S. Nick, XXI, 328; XXIII, 1329; XXIV, 563. — Ähnlicherweise wurde entschieden, die *besteuernde Gemeinde* habe ein Recht, angehört zu werden, wenn ihre Steuereinschätzung in höherer Instanz abgeändert oder aufgehoben wird: B. Ger. XXIV, 37; die Entscheidung geht in dieser allgemeinen Fassung zu weit: wenn in einem Steuerstreit zwischen der Gemeinde und einem Gemeindebewohner die Aufsichtsbehörde über den Anspruch der Gemeinde entscheidet, ohne sie anzuhören, so kann wohl nicht von einer Verletzung der verfassungsmässig garantierten Gleichheit für alle Bürger vor dem Gesetze gesprochen werden, sondern nur von einer Beschränkung der Gemeindeautonomie; der Streit zwischen einer Behörde und einem Privaten darf nicht dem Streit zwischen zwei gleichgestellten Subjekten assimiliert werden. Im vorliegenden Falle handelte es sich allerdings um einen Streit über die Gemeindesteuerpflicht des

Staates als Fiskus vor dem Forum des Regierungsrates. — Das *Rechtsöffnungsverfahren* bei Wechselbetreibung darf nicht derart abgekürzt werden, dass die Parteien nicht gehört zu werden brauchten. Art. 25 und 181 des Betreibungsgesetzes: B. Ger. 3. Okt. 1901 i. S. Chemische Industrie A. G., XXVII, 410; über die Entscheidungsbefugnisse des die Rechtsöffnung gewährenden Richters handelt: B. Ger. 4. März 1903 i. S. Cardoner, XXIX, 4. Ebenso ist der Schuldner vom Gericht zu hören, wenn entschieden wird, ob er zu neuem Vermögen gekommen sei (Art. 265 des Betreibungsgesetzes): B. Ger. 9. Okt. 1902 i. S. Schmid-Baier, XXVIII, 340.

Es gehört zu den bundesrechtlich garantierten Individualrechten, dass in einem Verfahren betr. *Entzug der persönlichen Handlungsfähigkeit*, also eines Stückes der persönlichen Freiheit, der Betreffende zuvor einvernommen werde. «Es ist dies ein so allgemein anerkannter und so wichtiger Grundsatz jedes Prozessverfahrens, dass er, wenn er auch nicht ausdrücklich in das Verfassungsrecht aufgenommen wurde, doch als Bestandteil des Prinzips der Gleichheit der Bürger vor dem Gesetz, das überhaupt den Schutz der Bürger vor behördlicher Willkür in sich schliesst, beobachtet werden muss.» Die *Dringlichkeit* der Sache ändert an der Ungültigkeit des Verfahrens nichts: B. Ger. 19. Mai 1897 i. S. Rolli, XXIII, 567[1]. — Die über einen *Abwesenden* bestellte Pflegschaft kann auch unter der milderen Form der Beistandschaft nicht *wegen eines andern Grundes* (Verschwendung) *aufrecht* erhalten werden, nachdem der bisherige Grund weggefallen ist, es sei denn im gesetzlichen Verfahren zur Bestellung der Beistandschaft und nach Anhörung des zu Bevormundenden: B. Ger. 26. März i. S. Grüter, XXII, 34. — Noch viel weniger kann die wegen Minderjährigkeit eingesetzte Vormundschaft ohne weiters nach erreichter Volljährigkeit aufrecht erhalten werden: B. Ger. 25. Febr. 1903 i. S. Krieger, XXIX, 31.

Eine Rechtsverweigerung liegt auch darin, dass die Strafprozessordnung dem Angeschuldigten *nur die Einsicht in die Prozessextrakte*, welche u. a. die Namen der Zeugen nicht enthalten, gestattet: B. Ger. X, 10; der Angeschuldigte kann die Einsicht in die Protokolle der Zeugeneinvernahme fordern: B. Ger. 25. Okt. 1889 i. S. Siegwart, XV, 681. — Dagegen wurde entschieden, die *Nichtverlesung* des Protokolls über die Zeugenaussagen sei eine Ordnungswidrigkeit aber keine Rechtsverweigerung, nachdem diese Aussagen verbalisiert worden seien und die Richtigkeit der Verbale nicht bestritten sei: B. Ger. XV, 9.

Die Nichtberücksichtigung *erheblicher Beweisstücke* aus Versehen kann an sich noch nicht als Rechtsverweigerung bezeichnet werden: B. Ger. VI, 331; ebensowenig kann das B. Ger. die Frage nachprüfen, ob ein kantonales Gericht die Erheblichkeit eines Beweises richtig gewürdigt hat; es kann daher nicht das Ergebnis des Beweises nachprüfen: B. Ger. 18. Mai 1889 i. S. «Luzerner Tagblatt», XV, 75; XXVII, 26: der Beweis der Unechtheit einer Wechselunterschrift durch straf-

---

[1]) Wenn es sich um eine im Entmündigungsverfahren begangene Willkürlichkeit handelt, kann allerdings Art. 4 angerufen werden; während die Frage, aus welchen Gründen eine Person entmündigt werden kann, nach dem B. G., betr. die Handlungsfähigkeit, vom 22. Juni 1881 zu entscheiden ist. B. Ger. 31. Dez. 1896 i. S. Messerli, XXII, 975 und vgl. XXVIII, 147; nur sollten m. E. Verletzungen dieses B. G. im Wege der zivilrechtlichen Berufung an das B. Ger. (O. G. Art. 56) geltend gemacht werden, nicht des staatsrechtlichen Rekurses (vgl. Art. 182 u. 189, Abs. 2).

rechtliche Verurteilung wegen Fälschung sei nicht zwingend; in etwas zu absoluter Weise: XXVII, 410. Das B. Ger. kann nicht untersuchen, ob die nochmalige Einvernahme der Zeugen, weil ihre Aussagen unerheblich, mit Recht unterlassen wurde: B. Ger. XV, 17; XXIII, 1319. Eine Rechtsverweigerung liegt aber vor, wenn *das Vorbringen* einer Partei *unberücksichtigt bleibt, trotzdem es* nach Lage des Streites unbedingt *hätte berücksichtigt werden müssen:* B. Ger. 8. Nov. 1890 i. S. Ody, XVI, 623. Nichtberücksichtigung eines späteren, den in Frage stehenden modifizierenden Vertrages; oder wenn das Gericht die Behauptungen der einen Partei *ohne Beweis als wahr* annimmt, die erbrachten Beweise (Quittung und Zeugen) der Gegenpartei dagegen unberücksichtigt lässt: B. Ger. 20. April 1888 i. S. Sevestre, XIV, 148. Das Urteil vom 21. Dez. 1899 i. S. Courvoisier, XXV, 411, bemerkt hierüber zusammenfassend: Das vollständige Übersehen erheblicher Behauptungen wird allerdings in der Regel dann als Rechtsverweigerung zu bezeichnen sein, wenn dieses Übersehen auf Willkür beruht, allein vorab ist es Sache des urteilenden Gerichts, festzustellen, welche Behauptungen als *erheblich* anzusehen sind, und insbesondere ist es einzig Sache dieses Gerichts, in Anwendung des kantonalen Prozessrechts, den Umfang des Prozessstoffes, des Prozessmaterials, zu bestimmen. Wenn der Appell- und Kassationshof gemäss der Eventualmaxime gewisse neue Tatsachen nicht gehört hat, so kann das B. Ger. als Staatsgerichtshof nicht nachprüfen, ob hierbei die Grundsätze des kantonalen Prozessrechtes richtig oder unrichtig angewendet worden seien, ausser, es liege eine willkürliche, dem Wortlaute oder Geiste des Gesetzes widersprechende Auslegung vor. Noch viel weniger kann das B. Ger. die Frage nachprüfen, ob ein kantonales Urteil Aktenwidrigkeiten enthalte.

Die Verweigerung des Gerichts, in einem *Pressprozess* den *Wahrheitsbeweis* zu gestatten, wie es das Gesetz dem Angeklagten zugesteht, verletzt in verfassungswidriger Weise die Rechte der Verteidigung: B. Ger. VII, 163.

Die Verletzung wesentlicher Formvorschriften im *Verwaltungsverfahren,* z. B. Unterlassung der Rekusation eines Mitgliedes des Reg. Rates, wo es die Partei in gesetzlicher Weise verlangt hatte, ist auch eine Rechtsverweigerung: B. Ger. 5. Juni 1885 i. S. Tirozzi et Cons., XI, 120.

Die Frage, ob gegen *Zwischenurteile* eine selbständige Beschwerde aus Art. 4 B.V. zulässig sei, ist durch die Rechtsprechung des B. Ger. noch nicht klargestellt. Die frühere Praxis schloss den Rekurs gegen Zwischenurteile überhaupt aus: vgl. B. Ger. 14. Nov. 1901 i. S. Zai-Kappeler, XXVII, 461. Im Urteil vom 6. März 1901 i. S. Hirt, XXVII, 27, erklärte das B. Ger. demgemäss einen Rekurs als verfrüht, der gegen ein Zwischenurteil über die Zulässigkeit und die Würdigung eines Strafurteils als Beweismittel im Zivilprozess gerichtet war, da erst das Hauptleil die mit dem Strafurteil zu beweisende Frage definitiv entscheide, wodurch die Beschwerde möglicherweise gegenstandslos werde. In einem andern Fall dagegen, 11. Nov. 1903 i. S. Aebi et Gundrum, XXIX, 406, wo es sich um die Frage handelte, ob ein ausserhalb des Kantons domizilierter Anwalt berechtigt sei, eine Partei zu vertreten, entschied das B. Ger., die Beschwerde sei gegen das Zwischenurteil selbst vorzubringen, und zwar trotzdem der fragliche Entscheid zugleich mit dem Ersturteil noch Gegenstand einer Kassationsbeschwerde hätte sein können.

Das Richtige ist m. E., zu verlangen, dass die Verletzung der Rechtsgleichheit innerhalb der gesetzlichen Rekursfrist seit dem Zwischenurteil geltend gemacht werde, wenn über die Art des Verfahrens, die Zuständigkeit des Gerichts oder eine andere Frage rekuriert wird, die vor der Verhandlung über die Sache selbst entschieden sein muss, während Inzidenzfragen, die anlässlich der Verhandlung über die Sache selbst entstehen, wie Entscheidung von Vorfragen und Beweisfragen, in der Beschwerde gegen das Endurteil zur Sprache gebracht werden können, sofern sie auf die Entscheidung von Einfluss waren. Sicher ist, dass Fragen der ersten Art in diesem Stadium des Prozesses nach Ablauf der Rekursfrist nicht mehr erhoben werden dürfen; damit steht die Entscheidung vom 7. April 1893 i. S. Siegwart, XIX, 102, nicht in Widerspruch, worin ausgeführt ist, dass der Rekurrent, der sich seiner strafrechtlichen Verfolgung wegen Nichtvollziehung eines Urteils widersetzte, zuwarten konnte, bis das strafrechtliche Verfahren gegen ihn durch Urteil beendigt war und somit seine Verurteilung feststand; es war hier im Grunde nicht die Art des Verfahrens, sondern der Anspruch des Staates auf Strafe bestritten; dagegen mag es fraglich scheinen, ob Fragen der zweiten Art schon vor dem Endurteil Gegenstand einer Beschwerde sein können; das B. Ger. schien es zu verneinen im Falle Hirt; es spricht *für* diese Lösung in der Tat die Gefahr, dass Prozesse durch trölerhafte staatsrechtliche Rekurse über nebensächliche, für die Hauptentscheidung vielleicht unerhebliche Punkte verschleppt werden; *dagegen* aber die Möglichkeit, einen Prozess, der nachher aufgehoben werden muss, nicht unnötig bis zum Endurteil fortschreiten zu lassen und die mehr grundsätzliche Erwägung, dass das verfassungsmässige Recht auf Rechtsgleichheit durch jede willkürliche Behandlung der Prozessparteien verletzt ist.

In einem Urteil vom 26. Febr. 1902 i. S. Cailler & Cie., XXVIII, 39, entschied das B. Ger., die staatsrechtliche Beschwerde sei sofort zulässig gegen ein Zwischenurteil über eine prozessrechtliche (wohl beweisrechtliche) Frage, wenn gegen Endurteil die zivilrechtliche Berufung gegeben sei, wobei die Verletzung des kantonalen Prozessrechts nicht mehr geltend gemacht werden könnte. (Art. 57 O. G.). Es ist nicht recht verständlich, warum hier das definitive Urteil des kantonalen Gerichts nicht auch wegen Verletzung des Art. 4 B. V. beim B. Ger. als Staatsgerichtshof hätte angefochten werden können; Art. 182 O. G. war wohl nicht anwendbar; vgl. XXIV, 479.

Jedes Urteil, auch ein gewerbeschiedsgerichtliches, muss *begründet* sein: B. Ger. XI, 123; XIV, 148; XVI, 623; XIX, 470. In einem andern Urteil wird dagegen einschränkend ausgeführt: Das B. Ger. hat das Recht auf *Bekanntgabe* der Motive gerichtlicher Urteile nur insoweit als verfassungsmässig anerkannt, als es entweder in der Verfassung selbst enthalten ist, z. B. in der des Kantons Bern (Art. 50, Abs. 2), oder aber aus einem kantonalem Gesetze gefolgert werden muss. Im letzteren Falle wird es zum verfassungsmässigen Rechte nach dem im Art. 4 B. V. enthaltenen Grundsatze der Gleichheit aller Bürger vor dem Gesetze: B. Ger. 27. Febr. 1902 i. S. Brennwald, XXVIII, 11. Es handelte sich hier um ein friedensrichterliches Urteil, für welches das zürcherische Gesetz die Begründung nicht vorschreibt. — In einem früheren Urteile wurde erkannt, die Begründung (administrativer) Entscheide müsse allerdings

(nach bernischer Verfassung) den Parteien zugleich mit dem Dispositiv mitgeteilt werden; wenn es aber nicht geschehe, so werde der Entscheid nicht ungiltig, aber die Rekursfrist an das B. Ger. laufe erst seit Mitteilung der Gründe: B. Ger. 17. Mai 1899 i. S. Bigenwald, Rossé & Cie., XXV, 164. — Eine Rechtsverweigerung liegt endlich auch darin, dass die Gründe des Urteils an einem *inneren Widerspruch* leiden; nicht bei jedem logischen Widerspruch ist eine Beschwerde wegen Verletzung des Art. 4 B. V. begründet, wohl aber dann, wenn die vom Gerichte angeführten Gründe das Dispositiv in keiner Weise zu rechtfertigen vermögen oder sich direkt widersprechen; ein solches Urteil ist einem gar nicht motivierten gleich zu achten: B. Ger. 18. Juli 1898 i. S. Baumann, XXIV, 426: das Gericht erklärt sich für inkompetent, urteilt aber dennoch in der Sache selbst; 14. Sept. 1898 i. S. Astruc, *ibidem*, 435: das Gericht stellt zunächst fest, dass die ortsübliche Frist zur Püfung der Ware 14 Tage ist, führt aber in einem weiteren Considérant aus, die am 16. Tage vorgenommene Prüfung sei nicht verspätet. Betr. blosse Inkongruenz in der Begründung vgl. B. Ger. XXIX, 270.

Art. 5.

Der Bund gewährleistet den Kantonen ihr Gebiet, ihre Souveränetät innert den Schranken des Art. 3, ihre Verfassungen, die Freiheit, die Rechte des Volkes und die verfassungsmässigen Rechte der Bürger gleich den Rechten und Befugnissen, welche das Volk den Behörden übertragen hat.

I. Geschichte.

Die Entstehungsgeschichte dieses Artikels geht wie die des Art. 2 auf die bei Art. 1 wiedergegebene *Mediationsakte* zurück.

Wenn der *Bundesvertrag von 1815* in Übereinstimmung mit dem Entwurf vom 10. Mai 1814 (*Kaiser* und *Strickler,* T. S. 162) im ersten Satze des Art. 1 die Behauptung ihrer Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen Angriffe fremder Mächte und die Handhabung der Ruhe und Ordnung im Innern als den Zweck der Vereinigung der Kantone bezeichnet, so spricht er im Grunde nichts anders aus, als die gegenseitige Gewährleistung der Kantone bezüglich dieser Güter, den gleichen Gedanken, den der zweite und dritte Satz bezüglich anderer Güter wiedergibt, indem er fortfährt: «Sie gewährleisten sich gegenseitig ihre Verfassungen, sowie dieselben von den obersten Behörden jedes Kantons, in Übereinstimmung mit den Grundsätzen des Bundesvertrags, werden angenommen worden sein. Sie gewährleisten sich gegenseitig ihr Gebiet[1].»

In den Entwürfen von 1832 und 1833 finden wir zunächst die Zwecke des Bundes in Art. 3 erwähnt und in Art. 5 die seitens des Bundes

[1] Betr. die Garantie des Gebietes vgl. unten Art. 14, Note 2.

den Kantonen versprochene Gewährleistung: ihres Gebietes, ihrer Souveränität und Unabhängigkeit innert den Schranken des Art. 2, der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung in ihrem Innern, ihrer Verfassungen und, nach Inhalt derselben, der Freiheit und der Rechte des Volkes gleich den Rechten und Befugnissen der Behörden. Neu in dieser Fassung ist die Gewährleistung der Freiheit und der Rechte des Volkes; die Gewährleistung der Rechte und Befugnisse der Behörden, die der Konsequenz halber beigefügt wurde, war wenigstens dem Gedanken nach schon im Bundesvertrag von 1815 enthalten und wurde auch angewendet. Auf die eidgenössische Garantie beriefen sich zuweilen die kantonalen Regierungen und ihre Partei, wenn es ans Putschen ging, und darum wollten die Kantone des Siebner Konkordates wissen, welches die Bedeutung und Tragweite der eidgenössischen Garantie eigentlich sei, ob sie nur zu gunsten der Behörden und nie zu gunsten des Volkes gelte. Art. 5 des Entwurfs von 1833 ist dem Siebner Konkordat vom 17. März 1832 entnommen. Art. 1: «Indem die vorgenannten dem gegenwärtigen Konkordat beitretenden Stände ihre auf dem Grundsatze der Volkssouveränität beruhenden, in das eidg. Archiv niedergelegten Verfassungen gegenseitig gewährleisten, verheissen sie hierdurch sowohl die dem Volke jedes Kantons nach seiner Verfassung zustehenden Rechte und Freiheiten als die verfassungsgemäss aufgestellten Behörden jedes Kantons und ihre verfassungsmässigen Befugnisse aufrecht zu erhalten.....» Das Siebner Konkordat wurde geschlossen, um im Falle innerer Unruhe, namentlich von Konflikten zwischen Stadt und Land, also im Streit um die Verfassung, die Intervention nicht einseitig zu gunsten der Behörden eintreten zu lassen [1]; sodann um auch diejenigen Verfassungen zu schützen, die bereits die «Rechte des Volkes» anerkannt hatten, und ihnen die Gewährleistung des Bundes zu sichern, die ihnen einige Kantone versagen wollten [2].

Es sollten also im Entwurfe von 1833, den *Baumgartner*, einer der Urheber des Siebner Konkordates, verfasst hatte, die Rechte des Volkes gewährleistet werden, das gut alteidgenössischer Anschauung gemäss als eine der Regierung gleichberechtigte Partei erschien. Aber welche Rechte? Offenbar nicht bloss die durch die jeweilige Verfassung gewährten Rechte, sondern die auf die natürliche Gerechtigkeit gegründeten Rechte, die Menschenrechte des Volkes; denn wären nur erstere gemeint gewesen, so hätte die schon bestehende Gewährleistung der Verfassung genügt, wie denn auch *Waadt* in der Tagsatzung 1848 folgerichtig beantragte, die Gewährleistung der Rechte der Behörden zu streichen, da die Regierungen nur Mandate und keine Rechte hätten, und die Gewährleistung der Verfassung genüge. Der Bundesvertrag von 1815 stand auf dem Boden des gegebenen positiven Rechts, der Legitimität; der Entwurf von 1832 auf dem Boden der unverlierbaren Verfassungsgewalt des Volkes, der Souveränität des Volkes, die vor und trotz jeder Verfassung besteht. Dies ist der politische Gedanke, der der Bestimmung zu Grunde liegt; ein ganzes politisches System. In der Revisionskommission vom Jahre 1848 wurde mit Recht bemerkt, Art. 4 des Entwurfs von 1833 scheine auf der Theorie des Vertrages zwischen Volk und Regierung zu beruhen; auch wurde in zweiter Beratung die durch die Kommission

---

[1] Vgl. *Baumgartner*, I, S. 187, 280—281, 285.

[2] *Baumgartner*, I, S. 188. Abschied 1831, S. 80 ff.

in erster Beratung angenommene Fassung deswegen angefochten, weil sie an den Gesellschaftsvertrag erinnere: «Der Bund gewährleistet die Freiheit und Rechte, welche das Volk in der Verfassung sich vorbehalten und die Rechte und Befugnisse, welche es darin den Behörden übertragen hat[1].» Der letztere Passus: «*Die Rechte und Befugnisse, welche es (darin) den Behörden übertragen hat*», wurde auch in der Tagsatzung beibehalten.

In der Tagsatzung von 1848 beantragte endlich *Bern*, nach dem Worte «des Volkes» einzuschalten: «der Bürger», was in der etwas modifizierten Form: «sowie die verfassungsmässigen Rechte der Bürger», angenommen wurde. So blieb der Artikel auch in der Verfassungsrevision von 1874. Im N. R. hatte Eytel 1871 den Antrag gestellt, als Art. 5bis oder 6bis eine Aufzählung der vom Bunde gewährleisteten Grundrechte des Bürgers aufzunehmen, wie sie sich in andern Verfassungen, namentlich in der Nordamerikanischen befinde; folgender Grundrechte nämlich: die Gewissensfreiheit, die persönliche Freiheit, die Lehrfreiheit, die Pressfreiheit, das Vereinsrecht, das Petitionsrecht. Darauf wurde erwidert, es erscheine natürlicher, hierin den Kantonen den Vortritt zu lassen; übrigens erhalten die aufgezählten Rechte in späteren Artikeln der B. V. ihren Platz[2].

II. Auslegung[3].

Als man die Gewährleistung der Souveränität der Kantone und ihres Gebietes in die Verfassung von 1848 aufnahm, war man sich wohl nicht ganz bewusst der inneren Veränderung, welche das Institut dadurch erfuhr, dass es aus dem Grundvertrage eines Staatenbundes in die Verfassung eines Bundesstaates herüber genommen wurde. Art. 1 des Bundesvertrages von 1815 begründete eine gegenseitige Pflicht der Kantone, sich in gemeinsamen Begehen gegen äussere und innere Angriffe zu schützen; heute bedeutet die Gewährleistung des *Bundes* nicht ein Rechtsverhältnis unter den verbündeten Kantonen, sondern ein solches zwischen diesen und dem Staate Bund, das nicht so klar und fasslich ist, wie das frühere Vertragsverhältnis. Wäre nicht schon im Bundesvertrag von 1815 eine ähnliche Bestimmung gestanden, so wäre Art. 5 wohl kaum, wie er heute ist, i. J. 1848 aufgestellt worden.

Wenn in völkerrechtlichen Urkunden von Garantie die Rede ist, so wird darunter bald eine blosse Pflicht des Garantierenden den garantierten Zustand anzuerkennen und aufrecht zu erhalten verstanden, bald auch ein Recht, die unveränderte Beibehatung des Zustandes zu verlangen, je nachdem die Garantie im Interesse der einen oder anderen Partei verabredet worden ist. Die Gewährleistung des Bundes gegenüber den Kantonen kann m. E. nur als eine im Interesse der Kantone bestehende aufgefasst werden, wenn das Wort «Gewährleistung» im ganzen Artikel den gleichen Sinn haben soll. Der Bund ist den Kantonen zum Schutze ihres Gebietes, ihrer Souveränität, ihrer Verfassung, dem Volke zum Schutze seiner Freiheit und seiner Rechte, den

---

[1]) Protokoll der Revisionskommission, S. 161, 162.
[2]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 59, 60.
[3]) *Blumer-Morel*, I., 220, 225. *Schollenberger*, 160.

Bürgern zum Schutze ihrer verfassungsmässigen Rechte, den Behörden zum Schutze ihrer Rechte und Befugnisse verpflichtet; dass er damit auch die Kompetenz erlangt, die dazu notwendigen Massregeln zu ergreifen, versteht sich von selbst; der Bund ist aber nicht befugt, gegen den Willen und gegen das Interesse der Kantone, des Volkes, der Bürger etc. zu intervenieren, in seinem eigenen Interesse; wenn er hierzu berechtigt ist, so ist es nicht auf Grund von Art. 5, sondern von Art. 16, 85, Ziffer 5, 7 und 8 u. a.

A. Gewährleistung des Gebiets.

Bei der Auslegung dieser Bestimmung ist daran festzuhalten, dass die Gewährleistung im Interesse des Kantons erteilt ist. Des weiteren kann nicht der Schutz des Kantonsgebiets gegen Angriffe von aussen gemeint sein, denn das Gebiet der Kantone ist zugleich Bundesgebiet [1]) und als solches muss es der Bund von sich aus verteidigen, da er verfassungsgemäss (Art. 102, Ziffer 9, und Art. 15) ohnehin zur Verteidigung des schweizerischen Gebietes verpflichtet ist. Es wäre eine undurchführbare Vorstellung zu meinen, der Bund sei von sich aus nur zur Verteidigung des schweizerischen Gebietes als Bundesgebietes, als Kantonsgebietes aber nur mittelbar kompetent, in seiner Eigenschaft als Garant des Kantonsgebietes; diese Unterscheidung hätte keinen praktischen Sinn. Eine solche Gewährleistung des Kantonsgebietes seitens des Bundes wäre auch mit seiner unbeschränkten Befugnis, Staatsverträge, namentlich Frieden zu schliessen, unvereinbar[2]).

Es handelt sich also nur um die Gewährleistung des Gebietes jedes Kantons im Verhältnis zu den anderen Kantonen. Wie ist aber diese Gewährleistung zu verstehen?

a) Wenn die Gewährleistung im Interesse der Kantone besteht, so kann sie den Bund nicht zum Einschreiten berechtigen, wenn zwei Kantone freiwillig Gebietsveränderungen vornehmen, durch Abtretung oder Tausch: volenti non fit injuria[3]). Die Frage wurde in der Revisionskommission von 1847 aufgeworfen, aber ohne Antwort gelassen; dagegen wurde beschlossen, «ohne Mitwirkung der Eidgenossenschaft sollen die Kantone nicht berechtigt sein, Grenzanstände zu erledigen», während der Antrag in Minderheit blieb, es sollen auch Grenzberechtigungen nicht ohne Mitwirkung der Eidgenossenschaft vorgenommen werden (Prot. S. 21). Der angenommene Antrag kam in der Fassung des Kommissionsentwurfes übrigens nicht zum Ausdruck. Nach einem früheren Beschluss wären allerdings auch diese Verträge zur *Einsicht* der Bundesbehörde mitzuteilen (Prot. S. 16, 17). Die Tagsatzung besprach die Frage nicht.

Für solche Verträge gilt Art. 7 der B V.: Der Abtretungsvertrag ist jedenfalls der Bundesbehörde zur Einsicht zu unterbreiten. Dieses Verfahren entspricht allen berechtigten Ansprüchen; auch wenn man annimmt, die Gebietsveränderung bedürfe als solche, nicht bloss als

---

[1]) Vgl. *Blumer-Morel,* I., S. 223.

[2]) Vgl. oben Art. 1 und Art. 8.

[3]) A. a. *Blumer-Morel,* I., 222.

Vertrag unter Kantonen, der Zustimmung des Bundes, so kann diese Zustimmung doch nicht anders gegeben werden[1]).

b) Die Gewährleistung des Gebietes kann dagegen angerufen werden, wenn eine *gewaltsame* Gebietsveränderung einen Kanton bedroht, gegen seinen Willen, sei es seitens eines andern Kantons, sei es seitens eines Teils seiner Bewohner selbst. (Vgl. B. B. 24. Dez. 1870, B. Bl. 1871, I., 10 betr. die Trennung Tessins, und B. Bl. 1871, II, 157 betr. den Trennungsversuch Murtens vom Kanton Freiburg.) Der Bund wäre verpflichtet, auf Anrufen des bedrohten Kantons einzuschreiten, bei Störung der öffentlichen Ordnung schon von sich aus, und ihm die Integrität jenes Gebietes zu wahren. Dies ist der einzige mögliche Anwendungsfall der Gebietsgarantie[2]). Geht die Gebietsverletzung von einem andern Kanton aus, so liegt überdies eine Verletzung von Bundespflichten der Kantone untereinander vor, die allein schon den Bund zum Einschreiten ermächtigt (Art. 85, Ziffer 80).

Die rechtswidrige physische Einwirkung eines Kantons auf das Gebiet eines andern ist keine eigentliche Gebietsverletzung; streitig ist nicht die Grenze, der Umfang der Gebietshoheit, sondern der Inhalt derselben, das internationale Nachbarrecht. Der Streit muss wie ein eigentlicher Grenzstreit nach interkantonalen oder internationalen Grundsätzen geschlichtet und gemäss Art. 113, Ziffer 2, B. V. durch das B. Ger. entschieden werden; die Garantie des Gebietes ist aber ausser Spiel. Art. 5 wollte nicht den Inhalt der Gebietshoheit als Rechtsbegriff normieren, sondern die gegebenen Grenzen der Kantone schützen[3]).

B. Gewährleistung der Souveränität.

Die rechtliche Bedeutung und praktische Tragweite dieser Garantie zu bestimmen ist nicht leicht; es handelt sich hier nicht um Schutz gegen gewaltsame Angriffe des Kantons, sondern gegen Angriffe auf seine mehr oder weniger unabhängige Rechtsstellung, und zwar kann entweder das Rechtsverhältnis zum Bunde oder das zu andern Kantonen gemeint sein. Die Souveränität eines Kantons kann durch einen andern Kanton zwar nicht im Prinzip angefochten werden, da ja alle Kantone notwendig gleich sein müssen, und jeder grundsätzlich dem andern alle die Rechte zuerkennen muss, die er selber beansprucht, aber in der Anwendung auf einzelne Personen. Die eidgenössische Garantie kann hier als die grundsätzliche und allgemeine Garantie der Gleichheit aller Kantone in Ausübung ihrer Hoheitsrechte verstanden sein[4]), als deren Aus-

---

[1]) Vgl. indessen unten Art 7, II.

[2]) Im gleichen Sinn Prot. d. Revisionskommission der Tagsatzung S. 21. B. Ger. V., 192.

[3]) B. Ger. V., 192; vgl. IV., 42; XXVI., 449: es fragte sich, ob der Kanton Solothurn in seiner Gebietshoheit verletzt sei durch Schiessübungen, die der Kanton Aargau nahe an der Kantonsgrenze unter Gefährdung solothurnischer Ortschaften abhielt. Das B. Ger. bemerkt mit Recht, aus der Gebietsgarantie des Art. 5 B. V. könne für die Frage, welcher der materielle Inhalt der Souveränität und der Gebietshoheit im Verhältnis der Kantone zu einander sei, nichts gewonnen werden; zur Bestimmung dieses Inhalts sei vielmehr auf die Normen des allgemeinen Völkerrechts zurückzugreifen, wobei ferner das bundesstaatliche Verhältnis der Kantone nicht ausser acht gelassen werden dürfe. Nach völkerrechtlichen Begriffen liegt in der Tat eine Gebietsverletzung vor.

[4]) Vgl. B. Ger. IV., 46.

führungsbestimmungen die Einzelvorschriften über das Verhältnis der Kantone erschienen, z. B. Art. 46, Abs. 2, B. V., und diese Gleichheit kann praktisch nur dadurch gesichert werden, dass eine Instanz zur gerichtlichen Austragung der Souveränitätskonflikte zwischen Kantonen errichtet wird; somit kann die Zuständigkeit des B. Ger. für staatsrechtliche Streitigkeiten unter Kantonen als die Ausführung und notwendige Ergänzung der Gewährleistung der Sonveränität betrachtet werden, wenn man Art. 5 überhaupt auf diesen Fall beziehen will. (Vgl. Art. 113, Ziffer 2, B. V.)

Grundsätzlicher Anfechtung ist die kantonale Souveränität nur von seiten des Bundes selbst ausgesetzt; hier wäre allerdings ein wirksamer Schutz von grosser praktischer Bedeutung; aber selbstverständlich kann der Bund die Kantone nicht gegen seine eigenen Eingriffe in ihre Souveränität sicherstellen. Gegen diese Eingriffe sind die Kantone durch die den Bund wie sie selber bindenden Verfassungsbestimmungen über die Verteilung dor Hoheitsrechte geschützt und durch die Möglichkeit, den Kompetenzkonflikt zu erheben (Art. 113, Ziffer 1°); eine besondere Garantie des Bundes zu gunsten der Kantone erscheint daneben überflüssig. Und doch weist gerade Art. 5 selbst auf diese Auslegung hin durch die Worte: «ihre Souveränität *innert den Schranken des Art. 3*». Was aber die Gewährleistung des Bundes zur Anerkennung der Kantonssouveränität durch die Verfassung selbst hinzuzutun vermöchte, ist nicht einzusehen; die Bestimmung verdankt wohl ihre Existenz mehr dem Bedürfnis, den Satz abzurunden, als ihrer praktischen Wichtigkeit.

C. Gewährleistung der Verfassung

(s. unten, Art. 6).

D. Gewährleistung der Freiheit und der Rechte des Volkes.

Auf welchem politischen Gedankengang diese Bestimmung historisch zurückzuführen ist, wurde sub Ziffer I ausgeführt. Jener politische Gedanke kann aber, trotzdem der Wortlaut unverändert geblieben ist, nicht mehr derjenige der heutigen Verfassung sein. Wer die Verfassung selbst garantiert, kann nicht zugleich die höher stehenden Rechte des Volkes garantieren, die sich im Streite um die Verfassung Geltung verschaffen. Wird die bestehende Verfassung angefochten, so muss der Bund sich auf ihre Seite stellen; die heutige Verfassung steht somit wieder auf dem Boden der Legitimität. Art. 5 kann nur diejenigen Rechte des Volkes garantieren wollen, die ihm die Kantonsverfassung selbst erteilt; eine Garantie, die schon mit derjenigen der Verfassung selbst gegeben ist. Die in Art. 5 ausgesprochene Garantie der Rechte des Volkes hat auch keine selbständige Wirkung: Das Volk kann die Garantie nicht anrufen, weil es zu diesem Zweck nicht organisiert ist. In der Revisionskommission von 1848 wurde allerdings die Ansicht ausgesprochen, die Bundesbehörde sollte als Vermittlerin zwischen den Parteien auftreten, wenn z. B. eine Minderheit geknechtet werde, eine Ansicht, die wohl die alteidgenössische Anschauung und Praxis für sich hat, aber heute gegenüber der geschriebenen Verfassung nicht mehr aufkommen kann. (Vgl. Art. 2 ff. des Siebner Konkordates: *Kaiser* und

Strickler, T. S. 215)[1]. Nur sofern die dem Volke eingeräumten Rechte auch zugleich verfassungsmässige Individualrechte des Bürgers sind, kann die Verletzung der Volksrechte zum Gegenstand rechtlicher Intervention des Bundes gemacht werden. Die Gewährleistung der Rechte des Volkes ist somit nur praktisch als Spezialfall der Gewährleistung der Verfassung selbst oder der verfassungsmässigen Rechte des Bürgers; es kann darin aber wenigstens die Zusicherung erblickt werden, dass, wenn der Bund auf Grund seiner Verfassungsgarantie in einem Konflikt zwischen Volk und Behörden zu entscheiden hat, es ebensowohl die Freiheit und die Rechte des Volkes schützen wird, als diejenigen der Behörden.

E. Gewährleistung der verfassungsmässigen Rechte des Bürgers.

Die allgemeine Zusicherung des Bundesschutzes für die verfassungsmässigen Rechte des Einzelnen gegenüber den Behörden hat seine Ausführung und zugleich seine praktische Bedeutung erhalten durch Art. 113, Ziffer 3, und 102, Ziffer 2, und 85, Ziffer 12 B. V. Der dem Bürger versprochene Schutz wird dadurch praktisch, dass der Bürger ein Beschwerderecht an die Bundesbehörde gegen die kantonale Behörde wegen Verletzung seiner verfassungsmässigen Rechte erhält. Gemeint sind sowohl die durch die B. V. als die Kantonsverfassung verliehenen Rechte; denn nicht die Existenz solcher Rechte ist garantiert, wie *Schollenberger* anzunehmen scheint (S. 161), sondern ihre Beachtung; die Existenz kantonaler Verfassungsrechte hängt nicht vom Bunde, sondern vom Inhalt der kantonalen Verfassung ab[2]. Die Gewährleistung des Bundes kann nur gegen die kantonalen Behörden gerichtet sein; der Bund kann den Bürgern ihre verfassungsmässigen Rechte nicht gegen sich selbst gewährleisten. Den kantonalen Behörden gegenüber kann er aber ebensowohl die Individualrechte der B. V., wie der Kantonsverfassungen unter seinen Schutz nehmen.

Wie gesagt hängt es vom Inhalt der kantonalen Verfassungen ab, welche Individualrechte den Bürgern, abgesehen von den in der B. V. selbst enthaltenen, durch Art. 5 B. V. garantiert werden; *eines* wird aber von der Praxis gewissermassen von Bundesrechts wegen und Kraft Art. 5 B. V. als verfassungsmässiges Recht erklärt, auch wenn es nicht ausdrücklich durch die kantonale Verfassung anerkannt und normiert ist, das Stimmrecht, und die politischen Rechte überhaupt. (Vgl. Salis III, Nr. 1132, Ziffer I, 1133, 1136, 1175; B. R. B. v. 17. Januar 1893 i. S. Devocchi, B. Bl.; B. R. B. v. 11. Nov. 1895 i. S. Chappuis, B. Bl. 1895, IV, 83; vom

[1]) Vgl. Botschaft des B. R. 17. Januar 1877 betr. Garantie der Aarg. Verf. *Salis,* I, Nr. 78, wo die Frage geprüft wird, ob der Grosse Rat Verfassungsbestimmungen über Individualrechte von sich aus aufheben könne, weil sie mit der neuen B. V. in Widerspruch standen, oder ob es dazu einer Volksabstimmung bedürfe.

[2]) In diesem Sinne erklärte das B. Ger. in mehreren Entscheidungen, Art. 5 begründe bloss die Kompetenz des Bundes gegen die Verletzung der verfassungsmässigen Rechte der Bürger einzuschreiten, enthalte aber keine Bestimmung über Inhalt und Umfang dieser Rechte; dass ein solches Recht vorliege, müsse daher aus einer anderweitigen Verfassungsbestimmung nachgewiesen werden: VIII, 196; XII, 8. Par les droits constitutionnels des citoyens on ne peut entendre toutes les facultés découlant, d'une manière abstraite de la qualité d'homme libre, mais seulement les droits dont les constitutions *cantonales* ont voulu assurer le libre exercice aux citoyens. B. Ger. II, 181.

7. März 1896, i. S. Lib. Komitee Romont; B. Bl. 1896, II, 83, 113, und Bericht des B. R. vom 14. Aug. 1896, B. Bl. 1896, III, 789, betreffend Stimmrecht; B. Ger. III, 181; Salis III, Nr. 1234, betr. Wählbarkeit; Salis III, Nr. 1112, 1113 ff., B. R. B. 17. Nov. 1891, B. Bl. 189, II, betr. das subj. Recht, eine kantonale Wahl oder Abstimmung anzufechten, wie auch die Kassation einer gültigen Wahl oder Abstimmung zu verlangen. In diesem Sinne wird auch Art. 189, Abs. 4, O. G. ausgelegt; wie weit allerdings das Nachprüfungsrecht des B. R. geht, hängt davon ab, inwieweit kantonale Verfassung oder Gesetzesrecht anwendbar ist. B. R. B. vom 26. März 1896 i. S. Xaver Brunner u. M. in Rain, B. Bl. 1896, II, 838; B. R. B. v. 25. März 1897 i. S. Gut, B. Bl. 1897, III, 255 und Bericht vom 11. Juni 1897, B. Bl. ibid. 688.

Art. 5 B. V. bezieht sich nur auf verfassungsmässige Individualrechte, nicht auf alle verfassungsrechtlich geschützten Interessen der Bürger.

Die Frage, ob eine kantonale Verfassungsvorschrift ein subjektives Recht begründe, entscheidet sich nach kantonalem Recht, danach nämlich, ob das kantonale Recht dem Interessenten ein Beschwerderecht einräumt, oder ob es wenigstens nach der Absicht der kantonalen Verfassungsvorschrift liegt, dass er ein Beschwerderecht habe. Das B. Ger. nimmt vielleicht zu leicht die Existenz eines subjektiven öffentlichen Rechts an: vgl. B. Ger. II, 178; XIII, 105; XXIII, 567, anderseits aber I, 316; 338; XIX, 335; XXIX, 51.

F. Gewährleistung der Rechte und Befugnisse der Behörden.

Der Unparteilichkeit halber wurde 1848 auch diese Garantie aufrecht erhalten. Eine grosse praktische Bedeutung hat sie nicht. Die Behörden brauchen keinen Schutz gegen Rechtsverletzung seitens der Bürger; sie haben ja die Gewalt in der Hand. Und wenn der Gewalt mit Gewalt begegnet wird, so haben die Kantonsbehörden das Mittel, die eidg. Gewährleistung der Verfassung anzurufen. Die Gewährleistung der Rechte und Befugnisse der Behörden kann wiederum als die Zusicherung angesehen werden, dass der Bund im Falle solcher Intervention auch auf den Schutz der Behörden bedacht sein wird. Art. 5 B. V. normiert nicht das Verhältnis verschiedener kantonaler Behörden zu einander derart, dass die untere sich über die obere beschweren könnte wegen Kompetenzüberschreitung oder ungerechtfertigter Aufhebung ihrer Entscheidungen im Instanzenzug. Die Bundesbehörden haben mit Recht entschieden, dass eine Behörde als solche keine eigenen Rechte haben könne gegenüber anderen Behörden oder gegenüber dem Staate; dass ihr daher die Beschwerdelegitimation fehle. Etwas anderes ist es, wenn Streit entsteht zwischen einer öffentlichrechtlichen Korporation, vertreten durch ihre Organe, und einer Behörde des Staates oder eines höhern Verbandes; die Korporation *kann* verfassungsmässig garantierte subjektive Rechte haben und wegen Verletzung derselben Beschwerde führen, wenn auch nicht ohne weiteres anzunehmen ist, dass den öffentlichrechtlichen Korporationen alle den Privatpersonen garantierten subjektiven Rechte zustehen. Art. 5 B. V. meint aber offenbar nicht die Rechte und Befugnisse der Behörden im Gegensatz zu andern Behörden, noch der öffentlichrechtlichen Korporationen im Gegensatz

zum Staat, sondern die Rechte und Befugnisse der Behörden im Gegensatz zu den Einzelnen, zu den Rechten ihrer Untergebenen, als deren Gegenstück jene gewährleistet sind, so dass für die Betätigung dieser Garantie kein Raum übrig bleibt.

Art. 6.

Die Kantone sind verpflichtet, für ihre Verfassungen die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen.

Der Bund übernimmt diese Gewährleistung, insofern:

a) sie nichts den Vorschriften der Bundesverfassung Zuwiderlaufendes enthalten;

b) sie die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen sichern;

c) sie vom Volke angenommen worden sind und revidiert werden können, wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangt.

I. Geschichte.

Eine Bestimmung über die Bedingungen, welchen die kantonalen Verfassungen genügen müssen, um die eidgenössische Gewährleistung zu erhalten, findet sich zuerst in den Entwürfen von 1832 und 1833, entsprechend der Tendenz des Siebner Konkordates (vgl. *Kaiser* und *Strickler,* I, S. 218, und oben Art. 4). Die erste Bedingung entsprach wörtlich der heutigen; die zweite enthielt neben dem schon erwähnten Erfordernis der Gleichheit vor dem Gesetze, das weitere, dass die Ausübung der politischen Rechte nach repräsentativen oder demokratischen Formen gesichert sei, und die dritte Bedingung war die Nachweisung, «dass und wie sie (die Verfassungen) nach verfassungsmässigen oder gesetzlichen Bestimmungen revidiert werden können. — Durch die Erfüllung dieser Erfordernisse erhält die Gewährleistung noch die besondere Folge, dass die Verfassung eines Kantons einzig auf dem bezeichneten Wege der Revision geändert werden kann.»

Die Revisionskommission von 1848 setzte zunächst in ihrer zweiten Beratung, nachdem die Revolution in Neuenburg die Republik proklamiert hatte, in lit. *a* das Wort: «nach *republikanischen* ....» ein. Zur dritten Bedingung wurde der Zusatz beschlossen: «wenn die Mehrheit der Stimmberechtigten es verlangt».

In der Tagsatzung wurde nach Antrag der Kantone *Thurgau* und *St. Gallen* in lit. *c* eingeschaltet: «*dass sie von der Mehrheit des Volkes angenommen worden sind* und dass sie revidiert werden können, wenn die Mehrheit .... etc.»; sodann stellte Zürich den Antrag, dem Artikel beizufügen, die Gewährleistung erlösche, wenn die absolute Mehrheit der Bürger des Kantons die Revision desselben verlange, diese aber nicht bewilligt werde; der Antrag wurde angenommen, später aber wieder fallen gelassen [1]).

Art. 4 der Übergangsbestimmungen der Verfassung von 1848 bestimmte:

«Die im Eingange und in lit. *c* des Art. 6 der gegenwärtigen B. V. enthaltenen Bestimmungen finden auf die schon in Kraft bestehenden Verfassungen der Kantone keine Anwendung.

«Diejenigen Vorschriften der Kantonalverfassungen, welche mit den übrigen Bestimmungen der B. V. im Widerspruche stehen, sind vom Tage an, mit welchem diese letztere als angenommen erklärt wird, aufgehoben.»

In den Revisionsverhandlungen der Jahre *1872* und *1874* wurde der Art. 6 unverändert und beinahe ohne Diskussion beibehalten; die Protokolle erwähnen nur einen Antrag *Friderichs* in der N. R. K. von 1871, dahingehend: «Die eidgenössische Gewährleistung kann den Kantonsverfassungen nicht erteilt werden, wenn sie nicht eine Bestimmung enthalten, durch welche dem Volk das Recht erteilt wird, sich direkt über die Gesetze auszusprechen, sofern eine Minderheit, welche dem $^1/_5$ der kantonalen Wähler gleichkommt, ein hierauf gehendes Begehren stellt», eine Konsequenz, wie er sagte, des eidg. Referendums. Die I. Sektion der Kommission beantragte den Vorschlag in folgender Form als lit. *d* des Art. 6 aufzunehmen: «dem Volke das Vorschlags- und Entscheidungsrecht für die Abänderung oder Aufhebung bestehender oder die Erlassung neuer kantonaler Gesetze zugesichert wird».

Die letztere Fassung wurde der ersteren vorgezogen, der ganze Vorschlag aber in definitiver Abstimmung verworfen (Prot. 172). Im N. R. erneuerte *Arnold* seinen in Art. 4 gestellten Antrag in anderer Form: es sei der lit. *c* des Artikels beizufügen: «.... und solche nicht vom Stande oder Berufe der Bürger abhängig machen». Der Antrag blieb aber wieder in Minderheit [2]).

II. Auslegung [3]).

A. Die Garantiepflicht der Kantone.

Die Pflicht, die Gewährleistung nachzusuchen, besteht nur für die neu in Kraft tretenden Kantonsverfassungen. Als die B. V. von 1848 in Geltung trat, wurden die damals bestehenden Kantonsverfassungen vom Bunde nicht neuerdings gewährleistet [4]), und zwei derselben, die von Tessin, vom 23. Juni 1830, und die von Genf, vom 24. Mai 1847, seitdem allerdings wesentlich geändert, sind bis jetzt noch nie vom neuen Bunde

[1]) Absch. 1847, IV, 54, 55.
[2]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 60.
[3]) *Blumer-Morel*, I, 225; *Schollenberger*, 142; *Dubs*, I, 50.
[4]) Vgl. den oben zitierten Art. 4 der Ü. B. der Verf. von 1848.

gewährleistet worden. Nicht anders wurde verfahren, als 1874 die gesamte B. V. revidiert wurde, trotzdem wohl die meisten, vielleicht alle Kantonsverfassungen in ihrem damaligen Wortlaut mit den neuen Bestimmungen der B. V. nicht mehr im Einklang standen, wie der B. R. in seiner Botschaft an die B. Vers. betr. die Verf. des Kantons Freiburg, vom 4. Sept. 1875, bemerkte[1]. Und bei jeder Revision der B. V. müssen neue Widersprüche zwischen der bestehenden und bereits gewährleisteten kantonalen und der sich verändernden B. V. entstehen; wenn die Revision der B.V. die Ursache solcher Antinomien ist, besteht für die Kantone keine Pflicht, für ihre Verfassungen neuerdings die Gewährleistung nachzusuchen. Man begnügte sich bisher eben mit dem Grundsatz, dass die mit der neuen B. V. im Widerspruch stehenden Bestimmungen der kant. Verfassungen ohne weiteres ausser Kraft gesetzt seien (Art. 2 der Ü. B.).

In zwei Fällen wurde die B. V. revidiert, während ein Gesuch um Gewährleistung einer Kantonsverfassung pendent war; im einen dieser Fälle, der die Verfassung von *Zug* betraf, wurde das Gesuch auf Grund der neuen B. V. behandelt und den mit dieser in Widerspruch stehenden Bestimmungen der kantonalen Verfassung die Gewährleistung versagt[2], im zweiten Fall, dem der Verf. von *Glarus*, begnügte man sich, festzustellen, dass diese letztern Bestimmungen einfach als durch die neue B. V. aufgehoben zu betrachten seien[3].

Eine andere Frage ist es, ob die Kantone nicht von sich aus die mit dem Bundesrecht nicht mehr verträglichen Bestimmungen ihrer Verfassungen ausdrücklich abändern sollten. Korrekterweise sollte es wohl geschehen[4], denn wenn sie auch materiell ausser Kraft gesetzt sind, so bleiben sie doch noch formell Bestandteile der kantonalen Verfassung. — Die Praxis ist aber nie so weit gegangen[5]; die Kantone genügen ihrer Bundespflicht, wenn sie die dem Bundesrecht widersprechenden Teile ihrer Verfassung tatsächlich ausser Anwendung setzen. Nur vereinzelt hat die B. Vers. die Änderung des Verfassungstextes verlangt; in Fällen, wo allerdings die betreffenden Bestimmungen bei der Gewährleistung der Verfassung unbeanstandet geblieben waren, und infolge veränderter Auslegung des Art. 4 B. V. als bundesrechtswidrig erschienen; es war also vielmehr ein Zurückkommen auf die früher erteilte Gewährleistung als das Verlangen nochmaliger Gewährleistung wegen Abänderung der B. V. (vgl. *Ullmer*, II, Nr. 715 und 716).

Die Kantone sind verpflichtet, *für ihre Verfassungen* die eidg. Gewährleistung nachzusuchen; es kann u. a. zweifelhaft sein, was alles zur Verfassung gehört; dies namentlich, wenn die Verfassung auf ein Gesetz oder ein Konkordat verweist. Die Verfassung von *Solothurn* wurde am 30. Nov. 1894 in der Weise revidiert, dass zugleich die *Ausführungsgesetze* einzelner Verfassungsbestimmungen (über die Proportionalwahl und finanzielle Gegenstände) ausgearbeitet und dem Volke unterbreitet wurden, das durch eine und dieselbe Stimmabgabe über Verfassung und Gesetze abstimmte. Die B. Vers. betrachtete die Gesetze mit Recht als nicht zur Verfassung gehörend und der eidg. Gewährleistung nicht be-

[1] B. Bl. 1875, IV, 236, 245. *Salis*, I, Nr. 43.
[2] *Salis*, I, Nr. 47 und 64.
[3] *Salis*, I, Nr. 46.
[4] Dieser Ansicht sind *Gareis* u. *Zorn*, Staat u. Kirche in der Schweiz 1877, I, 51—58.
[5] Vgl. B. Bl. 1880. III, 642; 1902, IV, 4; *Salis*, I, Nr. 43, 44.

dürftig, weil sie auf dem Gesetzgebungswege abgeändert werden können (B. Bl. 1895, III, 471, Bericht der St. R. K.; *Salis*, I, Nr. 68, II); eine andere Frage ist aber, ob die Abstimmungsweise über die Verfassung korrekt war (s. unten!).

Was die *Konkordate* zwischen einem Kanton und dem h. Stuhle über das Verhältnis von Staat und Kirche betrifft, so wurde der Abschluss solcher Konkordate an sich nicht beanstandet; wenn ihr Inhalt aber der Kantonsverfassung vorgehen sollte, oder wenn diese das noch zu schliessende Konkordat vorbehielt, so verlangte die B. Vers., dass ihr später auch das Konkordat zur Garantie vorgelegt werde. Unter diesem Vorbehalt wurde den Verfassungen des Kantons Wallis, vom 23. Dez. 1852, und des Kantons Freiburg, vom 7. Mai 1857, die Garantie erteilt (*Ullmer*, I, Nr. 32, 35).

B. Die Bedingungen der Gewährleistung.

I. Die kantonale Verfassung darf nichts den Vorschriften der B. V. Zuwiderlaufendes enthalten.

Sie darf überhaupt nichts dem Bundesrecht Zuwiderlaufendes enthalten, sei es nun Verfassungs-, Gesetzes- oder Verordnungsrecht des Bundes; es ist klar, dass wenn die B. Vers. kompetenterweise ein Gesetz beschliesst, dieses Gesetzesrecht ebensowenig wie das Bundesverfassungsrecht durch die Kantone abgeändert werden kann, und das Gleiche muss für das Verordnungsrecht, das vom B. R. ausgeht, gelten. Nicht weil es Bundes*verfassungs*recht ist geht das in der B. V. enthaltene Recht den kantonalen Verfassungen vor, sondern weil es Bundesrecht ist; Art. 6, Ziffer 1, ist nur ein Anwendungsfall des Grundsatzes, dass Bundesrecht Kantonsrecht bricht[1]). In der Praxis ist mehrfach anerkannt worden, dass die kantonalen Verfassungen auch den Bundesgesetzen nicht widersprechen sollen: *Ullmer*, II, S. 32, Ziffer 1; I, Nr. 36, Z. 1; *Salis*, I, Nr. 43, B. Bl. 1875, IV, 236; *Salis*, I, Nr. 72, namentlich B. Bl. 1895, III, 217 (Botschaft des B. R. betr. die Tessiner Verf.), und B. Bl. 1901, IV, 992; A. S. XVIII, 915; vgl. dagegen Botsch. des B. R. 29. Mai 1874, B. Bl. 1874, I, 1119; *Salis*, I, Nr. 64, S. 287, Note 1.

Der Widerspruch neu angenommener kantonaler Verfassungsbestimmungen mit dem Bundesrecht wird selten ein flagranter, im Wortlaut liegender sein; er wird meistens in einer möglichen bundesrechtswidrigen Auslegung der kantonalen Verfassungsbestimmung liegen, oder in der Unterlassung eines Vorbehaltes zu gunsten des eidgenössischen Rechts, wo man einen solchen erwarten dürfte[2]).

Was das von der B. V. befolgte *Verfahren* anbetrifft bei Beobachtung solcher Widersprüche, so wurde in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der 1848er Verfassung die eidg. Garantie ganz verweigert, wenn einzelne Bestimmungen der Verfassung bundesrechtswidrig waren, bis sie mit dem Bundesrecht in Einklang gebracht worden waren; so wurde bezüglich der Verfassungen von *Uri*, vom 5. Mai 1850 (*Ullmer*, I, Nr. 29),

[1]) Es ist selbstverständlich, dass die kant. Verfassungsbestimmungen nur auf ihre rechtliche Zulässigkeit, nicht auf ihre Zweckmässigkeit geprüft werden. *Ullmer*, I, Nr. 24.

[2]) Vgl. z. B. *Ullmer*, I, Nr. 32, wo zu allgemein ausgesprochen wurde, es könne nur positiv Widersprechendes gerügt oder verworfen werden, nicht aber allfällige Lücken, deren Ergänzung der Gesetzgebung anheimfalle; denn die kant. Verf. muss schon für sich genommen dem Bundesrecht entsprechen. *Salis*, Nr. 72.

von *Schaffhausen*; vom 5. April 1852 (ibid., Nr. 30); und von *Graubünden* (ibid., Nr. 31) verfahren[1]); während man seither nur die bundesrechtswidrigen Verfassungsbestimmungen von der Gewährleistung ausnimmt, was für den Kanton die Pflicht begründet, die Bestimmungen entweder formell aufzuheben oder abzuändern[2]).

Liegt endlich nur die Möglichkeit einer bundesrechtswidrigen Auslegung und Anwendung vor, so beschränkt sich die B. V. darauf, die in Betracht kommende Bestimmung der B. V. vorzubehalten, ohne die betr. Bestimmung der Kantonsverfassung von der Genehmigung auszunehmen (vgl. z. B. A. S. XVII, 258).

In irgend einer Weise muss sich aber die B. Vers. über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit jeder Verfassungsbestimmung aussprechen[3]).

2. Die Verfassung muss die Ausübung der politischen Rechte nach republikanischen (repräsentativen oder demokratischen) Formen sichern.

In dieser Fassung scheint vorausgesetzt, dass die Kantonsbürger überhaupt politische Rechte haben, da ausdrücklich nur von der Form, in der sie ausgeübt werden sollen, gesprochen wird; in Wirklichkeit ist aber bloss der Ausdruck ungenau, denn die Verfassung verlangt ja, dass die politischen Rechte in solchen «Formen» ausgeübt werden, die auf der politischen Berechtigung aller Bürger beruhen. Der Hauptgedanke der Verfassung ist der, dass die kantonalen Verfassungen die republikanische *Staatsform* begründen, in der repräsentativen oder demokratischen Gestalt. Dies zunächst im Gegensatz zur *monarchischen* Staatsform, aber auch zur *aristokratisch*-republikanischen; es wurde daher anlässlich der Gewährleistung einer kantonalen Verfassung, die durch Aufstellung von Ausschliessungsgründen zirka 24 % aller grossjährigen Bürger vom Stimmrecht ausschloss, ausgesprochen, ein solches Verhältnis sei noch nicht bundeswidrig, die Ausschliessungsgründe dürfen aber anderseits nicht eine allzugrosse Verminderung der stimmberechtigten Bürger zur Folge haben (B. Bl. 1891, I, 995). Aus der historischen Entstehung des Textes wie des Gedankens muss ferner gefolgert werden, dass die Verfassung sich nicht nur mit irgend einer republikanischen repräsentativen Staatsform begnügen wollte, sondern eine auf dem politischen Gedanken der Gleichheit aller Grossjährigen und nicht aus besondern Gründen von den politischen Rechten ausgeschlossenen Staatsbürgern beruhende; deshalb wurde zuerst gerade hier der Grundsatz der politischen Gleichheit entwickelt, im Gegensatz offenbar zu den Kantonsverfassungen von vor 1848 mit ungleicher Repräsentation für Stadt und Land. Es war daher vollkommen im Geiste der B. V. gehandelt, wenn in den unter Art. 4 erwähnten Fällen, die eidgenössische Garantie Verfassungen, die dieser Forderung nicht entsprachen, auch auf Grund von Art. 6, Ziffer 2, verweigert wurde. Diese Bestimmung fordert also ein ziemlich genau vorgezeichnetes politisches System; ein nach dem Steuerbetrag abgestuftes Dreiklassensystem, wie es in Preussen besteht, wäre nicht zulässig. Sogar das in Graubünden althergebrachte System der auf den Kreisgemeinden beruhenden Souveränität, laut welchem nach Kreis-

[1]) Vgl. *Blumer-Morel,* I, p. 228.
[2]) Vgl. *Ullmer,* I, Nr. 30 a. E.
[3]) Vgl. in diesem Sinn die St. R. K. über die Verf. von *Zug,* von 1873; *Salis,* I, Nr. 47.

mehren, nicht nach Individualstimmen abgestimmt wurde, ist beanstandet worden, weil es möglich mache, dass die Minderheit der *Bürger* der Mehrheit derselben das Gesetz mache (*Ullmer*, I, Nr. 31).

Dagegen kann die Staatsform die einer rein repräsentativen Demokratie sein, in der dem Volk kein anderes Recht zusteht, als dasjenige, seine Vertreter zu wählen, wie es jetzt nur noch im Kanton Freiburg (von der Verfassungsrevision abgesehen) der Fall ist. Fast alle Kantone haben somit die Staatsform der reinen Demokratie oder einer zwischen dieser und der repräsentativen stehenden Demokratie [1]).

Es ist schon bei Art. 4 bemerkt worden, dass die B. V. nicht eine gleiche Vertretung der *Parteien* fordert — weder in der Form der Proportionalvertretung, noch in der Form einer mit Rücksicht auf die Parteien billigen Einteilung des Landes in Wahlkreise. Die «Wahlkreisgeometrie» ist kein gutes oder schlechtes Vertretungsprinzip, sondern die Durchführung eines solchen; Art. 6, Ziffer 2, der B. V. verlangt aber nur, dass der Wahl der Vertreter durch das Volk ein richtiges Prinzip zu Grunde liege, er verlangt nicht, dass dieses Prinzip auch billig und objektiv durchgeführt werde; eine willkürliche Wahlkreiseinteilung würde allerdings eine Verletzung des Art. 4 B. V. bedeuten und wäre als solche, wenn in der Verfassung selbst niedergelegt, kraft Ziffer 1 des Art. 6 zu beanstanden [2]).

3. Die Verfassung muss vom Volke angenommen worden sein.

Die Auffassung der B. V. geht dahin, dass wenn das kantonale Recht die Annahme durch die Mehrheit aller Aktivbürger vorschreibe, und nicht bloss der an der Abstimmung teilnehmenden, der B. V. genügt sei (vgl. B. Bl. 1874, II, 489; *Salis*, I, Nr. 64).

Die Annahme muss aber eine ausdrückliche sein; es genügt nicht, dass dem Volke gegen die Verfassungsrevision wie gegen ein neues Gesetz, das fakultative Referendum offen gelassen werde — dass es durch Nichtergreifung des Referendums dem Verfassungswerke stillschweigend seine Zustimmung gebe, wie es bis 1891 in Schaffhausen der Fall war, auf Grund der Verfassung von 1876, die allerdings die eidgenössische Garantie erhalten hatte (vgl. B. Bl. 1892, V, 535).

Und die Erklärung des Volkes muss auch eine unzweideutige, die Antwort auf eine richtig gestellte Frage sein; das ist sie nicht, wenn mit der Frage der Annahme oder Verwerfung einer Verfassung noch andere vermengt werden, derart, dass sich der Bürger nicht über die Revision der Verfassung besonders aussprechen kann. Deshalb war die Abstimmung über die Solothurner Verfassung vom 30. Nov. 1894 (vgl. oben A) nicht korrekt: der Bürger kann leicht durch die Vorzüge des Ausführungsgesetzes zur Annahme einer Verfassungsbestimmung bewogen werden, die ihm diese Vorzüge nicht sichert; das gute Gesetz kann abgeändert werden und die mangelhafte Verfassung bleibt (vgl. auch *Salis* 1. A., I, Nr. 87 a. E.).

---

[1]) *Blumer-Morel*, I, S. 230, bemerkt mit Recht, dass eine gewisse Gleichartigkeit der Verfassungen der Gliedstaaten ein unabweisbares Bedürfnis für einen Bundesstaat ist; die Geschichte des Fürstentums Neuenburg beweist es zur Genüge.

[2]) *Salis*, I, Nr. 75; B. Bl. 1875, IV. 241; B. Bl. 1899, IV, 520; *Salis*, I, Nr. 58, S. 256.

Dagegen hat es keine materielle Bedeutung, wenn die Befugnis, eine kantonale Verfassung in ihrem Wortlaut mit der B. V. in Einklang zu bringen, dem Landrat durch die Verfassung *delegiert* wird, wie es durch die Verfassung von Nidwalden 1877 geschah; sofern es sich nur um die redaktionelle Arbeit handelt, dasjenige auszumerzen, was durch die B. V. schon ausser Kraft gesetzt wurde (*Ullmer*, I, Nr. 28; *Salis*, I, Nr. 61, II); korrekter wäre allerdings auch hier die Einholung der Zustimmung des Volkes zum revidierten Text, weil das Redaktionelle sich oft schwer vom Materiellen trennen lässt (vgl. in diesem Sinn: *Ullmer*, I, Nr. 30 i. E.).

Nach welchem Verfahren das Volk über die Verfassungsrevision abzustimmen hat, entscheidet das kantonale Verfassungs- (oder Gesetzes) recht, und zwar in der Regel das in der zu revidierenden Verfassung selbst enthaltene Recht, wenn die neue Verfassung darin von der alten abweicht. Eine besondere Schwierigkeit entstand anlässlich der Verfassungsrevision in Zug i. J. 1873, weil einige Bestimmungen der vom Volke nach bisherigem Verfahren angenommenen Verfassung die eidg. Garantie nicht erhielten und abgeändert und dem Volke neuerdings unterbreitet werden mussten; die in der ersten Abstimmung angenommene Verfassung hatte nun die Regel aufgestellt, dass zur Revision der Verfassung die Mehrheit aller stimmberechtigten Bürger nötig sei. Der B. R. sprach sich für die Anwendung der minder strengen Vorschriften der alten Verfassung aus, und die B. Vers. hiess dieses Verfahren gut (vgl. *Salis*, I, Nr. 64, II).

Wenn die B. Vers. zu prüfen hat, ob die Kantonsverfassung durch das Volk angenommen worden ist, nämlich gemäss dem im Kanton geltenden Verfahren, so muss sie auch prüfen können, ob das richtige Verfahren angewendet worden ist, nach Verfassung oder Gesetz des Kantons, und ob auf Grund des als richtig erkannten Verfahrens das Resultat der Abstimmung richtig festgestellt worden. Im ersteren Punkt wird sie allerdings nicht ohne triftigen Grund von der Auslegung abweichen, welche die kantonalen Behörden den einschlägigen Vorschriften gegeben haben (vgl. *Ullmer*, I, Nr. 34). Der B. R. scheint in seiner Botschaft betr. die Revision der Verf. von Obwalden von 1902, B. Bl. 1902, IV, 1, das Prüfungsrecht der B. Vers. noch mehr einschränken zu wollen.

Im zweiten Punkt muss aber der B. Vers. volle Freiheit gewährt werden; hat ja doch der B. R. und in zweiter Instanz die B. Vers. die gleiche Kompetenz, wenn die Frage auf dem Rekurswege an sie gestellt wird [1].

Die kantonalen Verfassungen enthalten meist keine Bestimmung darüber, ob im Falle der Partialrevision über alle revidierten Artikel in globo abzustimmen ist oder über jeden besonders, oder endlich gruppenweise [2]. Die B. V. schreibt weder das eine noch das andere dieser möglichen Systeme vor; sie verlangt aber, dass das angewendete Verfahren den Volkswillen ungefälscht zum Ausdruck bringe. Die in globo-Abstimmung über verschiedene Revisionsgegenstände kann an sich nicht als unzulässig betrachtet werden, da ja die Totalrevision möglicherweise noch mehr verschiedene Gegenstände zusammen zur Abstimmung bringt,

---

[1]) Vgl. *Salis*, I, Nr. 51.

[2]) Bestimmungen darüber enthalten die Verfassungen der Landsgemeindekantone, wenn sie vorschreiben, dass die Verfassung auf dem Wege der Gesetzgebung partiell revidiert werden kann; auch die Verf. von Luzern, indem sie in § 35bis, Abs. 3, bestimmt dass über jede Materie eine besondere Volksabstimmung stattzufinden hat.

möglicherweise aber auch nicht mehr Gegenstände neu regelt als eine Partialrevision, und die Abstimmung über eine ganze Verfassung anerkanntermassen zulässig ist. Die gruppenweise Abstimmung, die theoretisch am richtigsten scheint, wird am ehesten Anlass zur Beanstandung geben, weil die Artikelgruppen leicht willkürlich zusammengestellt werden können. Die Bundesbehörden haben sich bisher über die Frage noch nicht ausgesprochen.

4. Die Verfassung muss revidiert werden können, wenn die absolute Mehrheit der Bürger es verlangt.

Die B.V. postuliert hiermit ein kantonales Verfassungsinitiativrecht des Volkes in einer kantonalrechtlich zu bestimmenden Form[1]. Es genügt nicht, dass der Grosse Rat die Initiative ergreifen könne. Deshalb wurde der Verfassung des Kantons Graubünden von 1852 die Garantie verweigert: Art. 34 stellte in das Ermessen des Grossen Rates, einen an ihn gelangten Antrag über die Revision der Verfassung auf die Gemeinden auszuschreiben oder nicht (*Ullmer,* I, Nr. 31); die Verfassungsvorschrift war noch ausserdem unzulässig, weil sie das Volk gemeindeweise und nicht in seiner Gesamtheit abstimmen liess. Es ist der B. V. zuwider, die Revision auch nur eine beschränkte Zahl von Jahren auszuschliessen, wie es die nach 1830 entstandenen Verfassungen meist taten[2]; aus diesem Grunde wurde die Verfassung von *Nidwalden* von 1850, welche vorschrieb, dass eine Revision der Verfassung erst nach sechs Jahren stattfinden dürfe, beanstandet (*Ullmer,* I, Nr. 28). Und endlich darf zum Zustandekommen des Initiativbegehrens keine grössere als die absolute Mehrheit verlangt werden, z. B. die ²/₃ Mehrheit (vgl. die Verfassung von Schaffhausen, *Ullmer,* I, Nr. 30). Dagegen ist es zulässig, wie sich aus dem Wortlaut der B.V. ergibt[3], die absolute Mehrheit aller stimmfähigen Bürger vorzuschreiben (*Salis,* I, Nr. 64, I; B. Bl. 1874, II, 490).

C. Die rechtliche Natur der Gewährleistung.

Es ist ein unbestrittener Satz des Bundesstaatsrechts, dass die kantonale Verfassung zu ihrer Gültigkeit und Wirksamkeit nicht der eidg. Garantie bedarf; sie tritt in Kraft, sobald sie durch den Kanton giltig angenommen worden ist, d. h. nach der Volksabstimmung. Die Pflicht, die Gewährleistung des Bundes nachzusuchen, hat nicht aufschiebende Wirkung. In diesem Sinne haben sich die Bundesbehörden bereits i. J. 1850 anlässlich eines Rekurses des vaterländischen Vereines von *Nidwalden* ausgesprochen[4] und etwas später anlässlich der Verfassung von *Tessin*[5]. Beim ersten Anlasse erklärte der B. R., die Kantone

[1] So ist das Wort «können» im Verfassungstext auszulegen, wie *Rüttimann,* II. § 408, richtig bemerkt.

[2] *Blumer-Morel,* I, S. 231.

[3] Vgl. oben, Ziffer I.

[4] B. Bl. 1850, II, 227, 266; 1851, II, 318; *Ullmer,* I, Nr. 21.

[5] B. Bl. 1855, II, 447, 467; vgl. *Blumer-Morel,* I, S. 233.

seien nicht verpflichtet, ihre neuen Verfassungen bis nach erteilter Garantie zu suspendieren, dies um so weniger, als je nach dem Zeitpunkt der Aufstellung einer Kantonsverfassung die Gewährleistung derselben sich beinahe um ein Jahr verzögern könne[1]). Der B. R. hat allerdings dafür zu sorgen, dass die Gewährleistung ohne Verzug nachgesucht werde und gemäss Art. 102, Ziffer 2, dass inzwischen keine bundeswidrigen Bestimmungen angewendet werden.

Enthält eine Kantonsverfassung bundesrechtswidrige Bestimmungen, so sind sie von Anfang an ungültig (Art. 2 der Ü. B.), ohne dass es hierzu der ausdrücklichen Erklärung der B. Vers. bedürfte; sie sind es schon, bevor ihnen die B. Vers. die eidg. Garantie verweigert[2]).

Die Verweigerung der Gewährleistung hat folglich nicht die Wirkung, eine bundesrechtswidrige Kantonsverfassungsbestimmung ausser Kraft zu setzen; sie konstatiert nur, dass die Bestimmung, weil mit dem Bundesrecht im Widerspruch stehend, ipso facto ausser Kraft ist. Die Erteilung oder Verweigerung der Gewährleistung hat auch nicht die Bedeutung einer endgültigen Entscheidung darüber, welche Bestimmungen mit dem Bundesrecht im Einklang stehen und welche nicht; die Verweigerung hat allerdings die Folge, dass die als bundesrechtswidrig befundene Bestimmung formell aufgehoben oder abgeändert werden muss; bezüglich dieser Bestimmungen ist die Frage praktisch erledigt. Die Erteilung der Gewährleistung hat aber keineswegs die Bedeutung, dass die nicht beanstandeten Teile der Verfassung in einer für alle Behörden und Bürger verbindlichen Weise als verfassungsmässig erklärt sind. Das wäre eine ganz unzweckmässige Einrichtung, sowohl der Zeitpunkt der Beurteilung als die beurteilende Behörde wären dazu ungeeignet; es ist unmöglich, schon bei Erlass einer so allgemein gefassten Vorschrift, wie es die Artikel einer Verfassung sind, alle möglichen Anwendungen, Auslegungen und Wirkungen derselben vorauszusehen; das alles zeigt erst eine längere Erfahrung; doppelt schwer ist aber diese Beurteilung für eine den Eigentümlichkeiten des kantonalen öffentlichen Lebens fernstehende Behörde. Sie müsste, wollte sie jede bundesrechtswidrige Auslegung von vornherein ausschliessen, in einen pedantischen und argwöhnischen Kritizismus verfallen, der ebenso unzureichend als unberechtigt wäre. Es ist gar nicht anders möglich, als dass die B. Vers. sich darin manchmal irrt, da ja die Kantonsverfassungen in erster Linie durch die Kantonsbehörden ausgelegt werden und an der Auslegung oft alles gelegen ist. Die B. Vers. hat sich denn auch von jeher vorbehalten, zu jeder Zeit auf die Gewährleistung zurückzukommen und sie nachträglich zu entziehen, wenn sich herausstellen sollte, dass sie zu unrecht erteilt wurde[3]).

Die einmal erteilte Gewährleistung ist keineswegs einem rechtskräftigen gerichtlichen Urteil zu vergleichen, wie *Hilty* meint; man

---

[1]) Vgl. auch *Salis*, I Nr. 49 und 50.

[2]) *Ullmer*, I, Nr. 22.

[3]) Vgl. *Salis*, I, Nr. 40, 52 und B. Bl. 1891, I, 995. *Hilty*, Polit. Jahrbuch, VI, 415, spricht sich, aus unzutreffenden Gründen, gegen die Zulässigkeit der Zurücknahme aus; ebenso v. *Salis*, I, Nr. 52, Note, abgesehen vom Fall, wo die Garantie infolge Abänderung des Bundesrechts unwirksam wird; es ist nicht richtig, dass sonst die Garantieerklärung rechtlich bedeutungslos wäre. — Selbstverständlich ist, dass die B. Vers. durch die Erteilung der Gewährleistung nicht den positiven Inhalt von kantonalen Verfassungen gutheisst. B. Bl. 1896, II, 552.

käme bei dieser Ansicht unvermeidlich zu einer stossenden Rechtsungleichheit; denn einmal ist die Auslegung der B. V. durch die Bundesbehörden nicht zu allen Zeiten dieselbe und ferner ändert sich die Auslegung der garantierten Kantonsverfassungen, und man hätte zu entscheiden, welche Auslegung der Auffassung der garantierenden B. Vers. entspricht. Soll die B. Vers. selber nicht erklären können, dass sie diese oder jene Verfassungsbestimmung nicht in der Meinung gewährleistet hat, wie sie nun ausgelegt wird, und soll sie solch bundesverfassungswidriger Anwendung zusehen müssen, weil sie dem harmlosen Wortlaut einmal die Garantie erteilt hat? Diese Erwägung führt aber zur weiteren Folgerung, dass die Erteilung der Garantie nicht die positive Wirkung hat, alles nicht Beanstandete in verbindlicher Weise für bundesrechtsmässig zu erklären; das ist nicht die Funktion des Instituts. Seine Funktion ist lediglich eine negative, präventive; wie ein Sieb soll die Garantie diejenigen Verfassungsbestandteile, welche von vorneherein als bundesrechtswidrig bezeichnet werden können, aufhalten und ihre formelle Aufhebung durch den Kanton veranlassen; das ist ihr einziger Zweck und ihr Nutzen. Die Bestimmungen, welchen die Garantie erteilt wird, sind damit nicht als bundesrechtsgemäss erklärt; sie werden bloss nicht beanstandet. Diese Auffassung schwächt nicht, sondern stärkt die Stellung des Bundes gegenüber den Kantonen; sie ist allein mit den praktischen Anforderungen vereinbar und genügt ihnen auch. Es ist klar, dass die Sichtung der kantonalen Verfassungsbestimmungen, wie sie bei der Gewährleistung geschieht, nicht alle bundesrechtswidrigen Auslegungen der unbeanstandeten verhindern kann. Will man gegen solchen Missbrauch ein Mittel schaffen, so kann es nur auf zwei Wegen geschehen: entweder gibt man jedem Verletzten das Recht, bei der B. Vers. selbst die Zurücknahme der Garantie oder ihre Einschränkung zu beantragen, was überaus unzweckmässig wäre, oder man gibt dem B. Ger. und dem B. R. die Befugnis, zu entscheiden, in welchem Sinne eine kantonale Verfassungsbestimmung gewährleistet wurde und allein gewährleistet werden konnte, m. a. W., in welcher Auslegung sie bundesrechtsgemäss sei, in welcher nicht. Damit gibt man aber tatsächlich der rechtssprechenden Behörde die Kompetenz, im einzelnen Fall zu prüfen, ob die kantonale Behörde ihre Verfassung in einer mit dem Bundesrecht vereinbaren Weise ausgelegt hat, gerade so, als ob die angewandte kantonale Verfassungsbestimmung nie gewährleistet worden wäre[1].

Es scheint mir daher folgerichtiger, der Erteilung der Gewährleistung durch die B. Vers. diese positive Wirkung überhaupt zu versagen und auszusprechen, dass kantonale Verfassungsvorschriften, welche die eidg. Garantie erhalten haben, desungeachtet auf ihre Übereinstimmung mit dem Bundesrecht von anderen Behörden geprüft werden können[2]. Dabei ist namentlich an das B. Ger. und den B. R. als Beschwerdeinstanzen bei Verletzung verfassungsmässiger Individualrechte zu denken.

Ein formeller Widerspruch mit der Erklärung der B. Vers. wird ja nie entstehen, weil die rechtssprechenden Behörden nicht die Gültig-

---

[1]) B. Ger. XVI, 81.

[2]) Gl. A. *Schollenberger*, 143. Das B. Ger. ist anderer Ansicht; vgl. XVII, 628; 22. Jan. 1896 i. S. Jann u. Kons., XXII, 3.

keit einer kantonalen Verfassungsbestimmung als solcher in ihrem ganzen Umfang zu beurteilen haben werden, sondern nur in einer einzelnen Anwendung, abgesehen davon, dass der Rekurs selten gegen die Verfassungsbestimmung selbst, sondern in der Regel gegen die auf Grund derselben getroffene Einzelverfügung gerichtet sein wird.

Diese Auffassung steht auch besser im Einklang mit dem auch in der B. V. anerkannten Satz der Unabhängigkeit der richterlichen Gewalt; ist die richterliche Gewalt von der gesetzgebenden (und hier handelt es sich vielmehr um einen *Verwaltungsakt* der gesetzgebenden Behörde) unabhängig, so muss sie auch selbständig sein in der Auslegung und Anwendung der B. V. auf den einzelnen Fall und allein dafür verantwortlich. Diese Anwendung des Rechts auf den einzelnen Fall gehört wesentlich zur Rechtssprechung, und hierin soll das B. Ger., wie mir scheint, von jeder anderen Behörde unabhängig sein. Art. 113, Abs. 3 wäre auch dann nicht anwendbar, wenn man unsere Auffassung von der Gewährleistung nicht teilte, da die Gewährleistung einer kantonalen Verfassung weder ein Gesetz noch ein allgemein verbindlicher Beschluss ist (vgl. Art. 89, Abs. 2); und ebenso wenig kann aus Art. 71 etwas anderes gefolgert werden. Das B. Ger. besitzt Autorität genug, durch seine Rechtssprechung den Sinn der B. V. festzulegen, und je unabhängiger es darin vorgeht, desto mehr stärkt es sein eigenes Ansehen und das der B. V.

Wenn die dargelegte Ansicht richtig ist, so darf sich das B. Ger. nicht weigern, auf einen Rekurs einzutreten, der sich auf die Ungültigkeit einer noch nicht gewährleisteten kantonalen Verfassungsbestimmung stützt; ein solches zuwartendes Verhalten kann den Beschwerdeführer um sein gutes Recht bringen. Wenn die kantonale Verfassung schon vor ihrer Gewährleistung durch die B. Vers. in Kraft tritt, muss es für den Bürger auch einen Schutz gegen bundesverfassungswidrige Anwendung der kantonalen Verfassung geben, und diesen Schutz kann er nur beim B. Ger. (oder B. R.) finden. Die Praxis des B. Ger. ist auch hier anderer Ansicht: B. Ger. 22. Januar 1896 i. S. Jann u. Kons., XXII, 3; XVII, 628.

Endlich ist beizufügen, dass die formelle Gewährleistung der Kantonsverfassungen durch den Bund nach Art. 6 mit der aus Art. 5 fliessenden materiellen Gewährleistungspflicht des Bundes in keinem Zusammenhang steht. Aus der in Art. 5 statuierten Gewährleistung der kantonalen Verfassungen folgt für den Bund die Pflicht, zu gunsten der angefochtenen Verfassung im Kanton zu intervenieren (Art. 16). Diese Pflicht hat aber der Bund, gleichgültig, ob die kantonale Verfassung gewährleistet sei oder nicht; er hat sie zu gunsten derjenigen Verfassungsbestimmungen, die mit Bundesrecht nicht im Widerspruch stehen, wenn auch die andern noch nicht ausdrücklich als bundesrechtswidrig bezeichnet worden sind. Die formelle Gewährleistung des Art. 6 ändert daher materiell an dieser Interventionspflicht nichts, wenn sie auch geeignet ist, klar zu stellen, welche Bestimmungen des Schutzes des Bundes würdig sind und welche nicht, oder richtiger: welche zu Recht bestehen und welche nur dem Schein nach. Die Ausdrucksweise des 2. Absatzes des Art. 6 ist daher ungenau: «Der Bund *übernimmt* diese Gewährleistung, insofern . . .» Die Bundesbeschlüsse gebrauchen denn auch stets die Wendung: die Gewährleistung wird *erteilt*.

Art. 7.

Besondere Bündnisse und Verträge politischen Inhalts zwischen den Kantonen sind untersagt.

Dagegen steht ihnen das Recht zu, Verkommnisse über Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung unter sich abzuschliessen; jedoch haben sie dieselben der Bundesbehörde zur Einsicht vorzulegen, welche, wenn diese Verkommnisse etwas dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten, deren Vollziehung zu hindern befugt ist. Im entgegengesetzten Falle sind die betreffenden Kantone berechtigt, zur Vollziehung die Mitwirkung der Bundesbehörden anzusprechen.

I. Geschichte [1].

Die besonderen Bündnisse der Kantone unter sich waren in der alten Eidgenossenschaft übel angesehen; schon der ewige Bund zwischen den Waldstätten und Luzern vom 7. Nov. 1332 enthielt die Bestimmung, dass keiner der Verbündeten sich gegen niemand, weder aussen noch innen, verbinden soll, ohne der Eidgenossen gemeinlich Willen und Wissen (Art. 10), und diese Bestimmung gab Anlass zum ersten Streit der Eidgenossen über einen Sonderbund, nachdem Luzern 1477 mit Zürich, Bern, Freiburg und Solothurn ein ewiges Burgrecht abgeschlossen hatte. Nach der konfessionellen Spaltung in der Eidgenossenschaft standen in Tat und Wahrheit die katholischen und die evangelischen Kantone je in einem besondern engern Bundesverhältnis zu einander; trotzdem galten auch damals noch Sonderbünde unter einzelnen Kantonen als unzulässig.

Die *Mediationsakte*, Art. 11, verbot jedes Bündnis eines einzelnen Kantons mit einem andern Kantone oder mit einer auswärtigen Macht. Die Tagsatzung beschloss den 29. Juni 1803 (Repertorium der Absch. 1803—1813, S. 130, 159), es sei den Kantonen der Abschluss von Verkommnissen über kirchliche, Zivil-, Polizei- und örtliche Gegenstände unter der Bedingung zu gestatten, dass sie der Tagsatzung jedesmal zur Kenntnis gebracht würden (*Vogt*, a. a. O., S. 204). Und der *Bundesvertrag von 1815* schrieb in § VI vor: «Es sollen unter den einzelnen Kantonen keine dem allgemeinen Bund oder den Rechten anderer Kantone nachteilige Verbindungen geschlossen werden.»

---

[1]) G. *Vogt*, Revision der Lehre von den eidg. Konkordaten, Zeitschr. des bernischen Juristenvereins, I, 201; über die neuere Zeit: *Hilty*, Polit. Jahrbuch, XV, 489.

Im Jahre 1848 beschloss die Revisionskommission der Tagsatzung im Anschluss an den beinahe gleichlautenden Art. 8 des Entwurfes von 1833 zunächst, den Kantonen den Abschluss von politischen Verträgen sowohl mit dem Ausland als unter sich zu untersagen; sodann die Kantone zu verpflichten, andere unter sich abgeschlossene Verträge der Eidgenossenschaft zur Einsicht mitzuteilen, ohne aufschiebende Wirkung für ihre Vollziehbarkeit, während die Verträge mit dem Ausland der Eidgenossenschaft zur *Sanktion* mitzuteilen waren, mit aufschiebender Wirkung. Die Fassung der Kommission stimmte mit der schliesslich beschlossenen und bis heute gleichgebliebenen überein, ausgenommen, dass es im 2. Absatz hiess: «mit *den Rechten* des Bundes oder anderer Kantone ....»

1871 wurde im N. R. beantragt, am Ende des 1. Satzes des 2. Absatzes das Wort «befugt» durch «verpflichtet» zu ersetzen, und dann den 2. Satz zu streichen; die Mehrheit verwarf aber diese Änderung[1]).

II. Auslegung[2]).

1. Art. 7 verbietet den Kantonen, unter sich *politische Verträge* abzuschliessen; der politische Vertrag steht im Gegensatz zum blossen Verwaltungsvertrag. Als Verwaltungsverträge sind zunächst diejenigen Staatsverträge zu bezeichnen, die sich bloss auf die Ausübung der innern Verwaltungshoheit auf bestimmtes Gebiet beziehen; politische Verträge sind solche, die sich auf die äussere Machtentfaltung des Staates beziehen, z. B. Bündnisse, Garantie-, Neutralitäts- und Protektionsverträge, und auch Konföderationsverträge. Der unterscheidende Moment liegt aber darin, dass die politischen Verträge das Machtverhältnis verschiedener Staaten untereinander beeinflussen; ein Vertrag hat politische Bedeutung sofern er dies tut, und daher kann die Scheidung nach dem Vertragsgegenstand, wie sie oben gegeben, nicht entscheidend sein. Es kann zweifellos auch ein Zollvertrag oder eine Militärkonvention, ein Eisenbahn- oder ein Niederlassungsvertrag politischen Charakter haben, wenn sie nämlich die Wirkung haben, den einen Staat tatsächlich, wenn auch nicht rechtlich, in die Abhängigkeit des andern zu stellen oder zwischen beiden eine Interessengemeinschaft zu bilden, die auf ihr Machtverhältnis zu einander oder zu dritten Staaten mittelbar einwirkt[3]). Und gerade dieses Moment ist es, auf das es bei Art. 7 B. V. ankommt: es soll nicht in der Gewalt der Kantone stehen, das durch die Geschichte geschaffene gegenseitige Machtverhältnis, gewissermassen das schweizerische Gleichgewicht der Kantone, durch Einzelabmachungen zu stören, und der Bund ist zum Wächter darüber gestellt[4]). Eine solche Störung

---

[1]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 60.

[2]) G. *Vogt*, Revision der Lehre von den eidg. Konkordaten, a. a. O.; *Blumer-Morel*, III, 256 ff.: *Hilty*, Polit. Jahrbuch, XV, 489.

[3]) Diese Charakterisierung der politischen Verträge, die allein das allen sogenannte politischen Verträgen Gemeinsame auszudrücken scheint, ist *Jellinek*, Die Lehre von den Staatverbindungen, S. 105 ff., entnommen.

[4]) Im Bericht von *Rossi* zum Entwurf von 1832 heisst es: „Glieder des Bundes, sollen sie (die Kantone) einzig mit ihm politische Verhältnisse unterhalten. Ihm gehören ihre Staatskräfte an.“ „Nun gibt es kein Bündnis, keinen Vertrag politischen Inhalts, der nicht unmittelbar oder mittelbar die Kräfte der kontrahierenden Teile in Anspruch

des politischen Gleichgewichts kann aber nicht nur durch eigentliche politische Verträge, d. h. solche, die direkt darauf gerichtet sind, bewirkt werden, sondern auch durch uneigentliche. Eine Gebietsabtretung entbehrt jedes politischen Charakters, wenn das abgetretene Gebiet für den erwerbenden Staat keinen Machtzuwachs, für den abtretenden keine Machtverringerung bedeuten kann; sie erlangt aber politische Bedeutung, wenn der abgetretene Gebietsteil so gross ist, dass er für die Macht des Staates in Betracht kommt. Daher sind m. E. Gebietsabtretungen, die über das Mass blosser Grenzregulierungen hinausgehen, unter Kantonen grundsätzlich untersagt; da indessen Verhältnisse eintreten können, die eine solche Gebietsveränderung wünschenswert erscheinen lassen können, ist nicht anzunehmen, dass sie die B. V. schlechthin habe untersagen, und auf alle Zeiten einen Gebietsbestand habe festlegen wollen, der z. T. auf geschichtlichem Zufall beruht; dagegen sollen die Kantone nicht ohne die Mitwirkung des Bundes solche Verträge abschliessen Äusserlich würde sich allerdings das Verfahren von dem in Abs. 2 vorgesehenen wohl nicht unterscheiden, nur wäre der dem Bund unterbreitete Vertrag noch nicht perfekt und für die Kantone verbindlich, sondern ein blosser Entwurf, der erst durch die Zustimmung des Bundes rechtswirksam würde.

Der Bund entscheidet nach seinem Ermessen, ob ein Vertrag nach obigen Ausführungen politischen Inhalt habe. Es ist dies mehr eine Erwägung tatsächlicher Verhältnisse als eine rechtliche Beurteilung, und deshalb wäre es auch nicht praktisch, unter Verträgen *politischen Inhalts* nur die eigentlichen politischen Verträge zu verstehen, wo die politische Wirkung gewollt, also eigentlicher Gegenstand des Abkommens und Vertrags ist, nicht bloss eine vielleicht ungewollte indirekte Wirkung des Vertrages; denn es kann in solchem Falle nicht gesagt werden, der Vertrag verletze die «Rechte» anderer Kantone oder das Bundesrecht (Abs. 2).

2. *Erlaubt* sind alle Verträge unter Kantonen, welche nicht politischen Charakter im eben charakterisierten Sinne haben und welche nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten. Erlaubte Vertragsgegenstände sind alle diejenigen, welche in die Kompetenzsphäre der Kantone überhaupt fallen, unter Vorbehalt des Absatzes 1; wenn Abs. 2 von Art. 7 B. V. die Gegenstände der Gesetzgebung, des Gerichtswesens und der Verwaltung besonders erwähnt, so hat dies insofern Bedeutung, als es darauf hinweist, dass die Verträge sich auf Gegenstände der inneren Landesverwaltung beziehen sollen und nicht auf das äussere Auftreten der Kantone im völkerrechtlichen Verkehr als Mächte. Dieser Gedanke liegt auch angedeutet im Worte *Verkommnis* im Gegensatz zu den *Verträgen* politischen Inhalts. Eine weitere Abgrenzung der Vertragsgegenstände liegt aber darin nicht, denn Gesetzgebung, Gerichtswesen und Verwaltung umfassen ja die ganze staatliche Tätigkeit der Kantone. Es ist daher auch nicht notwendig zu untersuchen, ob diese Einteilung korrekt ist; sie soll offenbar die herkömmliche Einteilung der staatlichen Funktionen in die gesetzgebende, die ausführende und verwaltende und die rechtsprechende wiedergeben.

---

nehmen kann. Mithin darf den Kantonen nicht gestattet werden, solche untereinander einzugehen. Durch einseitige Erhöhung der Kraft einzelner Bundesglieder würde das Gleichgewicht des Bundes gebrochen, der innere Zusammenhang geschwächt." S. 52—53.

Unter der Mediationszeit und unter dem 1815er Vertrag waren «eidg. Konkordate» Verträge, welche eine Mehrheit der eidgenössischen Stände im Schosse der Tagsatzung abgeschlossen hatte; sie waren für die konkordierenden Stände in ähnlicher Weise verbindlich, wie eigentliche Tagsatzungsbeschlüsse für alle Stände. Der Tagsatzungsbeschluss vom 25. Juli 1836 über die Art und Weise des Rücktritts eines Kantons von einem eingegangenen Konkordat (Offiz., S. II, 381) machte den Rücktritt vom Willen der Mehrheit der Konkordatsstände abhängig, mit Berufung an die Tagsatzung. Allgemein anerkannt war, dass jedem Kanton, wie anfangs in der Tagsatzungsberatung selbst, so auch noch später der Beitritt zum Konkordat offen blieb. Heute können solche Konkordate nicht mehr abgeschlossen werden; und auch die älteren, für die nach *Vogt* (S. 217), der Tagsatzungsbeschluss vom 25. Juli 1836 gemäss Art. 6 Ü. B. der 1848er Verfassung noch gelten soll, werden von austretenden Kantonen ohne weiteres gekündigt, während wohl der Beitritt den nicht daran Teilhabenden noch offen bleibt. Vgl. noch Art. *102*, Ziffer 2. Abgesehen von diesen älteren Konkordaten hat das Wort jenen technischen Sinn nicht mehr; man bezeichnet damit besonders Verträge unter Kantonen, welche zum Zweck haben, unter mehreren, möglichst vielen, gemeinsame Grundsätze zu vereinbaren und deren Beitritt allen Kantonen offen steht. (Vgl. *Dubs,* II, 26.) — Auf dem Konkordatswege wurde unter der Mediationsakte und unter dem Bundesvertrag die auf dem Wege der Bundesgesetzgebung nicht erreichbare Einheit der Gesetzgebung auf gewissen Gebieten vereinbart. Die meisten dieser älteren Konkordate sind gegenwärtig nicht mehr in Kraft. Art. 2 Ü. B. der B. V.; vgl. *Blumer-Morel,* III, S. 257. Seit den dort erwähnten sind noch abgeschlossen worden ein Konkordat betr. die Stellenvermittlung für Dienstboten im Inlande, vom 13. Febr. 1892 (XIII, 33; XVI, 468); ein Konkordat betr. Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung von Prozesskosten, vom 20. Nov. 1903 (A. S. XIX, 787); ein Konkordat über eine einheitliche Verordnung betr. den Motorwagen- und Fahrradverkehr, vom 13. Juni 1904 (A. S. XX, 73). Vgl. ferner die von *Hilty,* Polit. Jahrbuch XV, 492 erwähnten, nicht publizierten Verträge und Konkordate betr. Fischerei, Schiffahrt u. a., namentlich das Konkordat aller Kantone ausser Glarus über die Landespharmakopöe von 1894 und die Vereinbarung von 5 Kantonen betr. die Untersuchung und Begutachtung von Geheimmitteln, medizinischen Spezialitäten u. s. w. vom 23. Januar 1900, nebst Regulativ vom 5. Sept. gl. J.

Die Verkommnisse unter den Kantonen sollen nichts dem Bunde und den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten. Der Ausdruck: «nichts dem *Bunde* Zuwiderlaufendes» stammt aus der Periode des Bundesvertrages; er war damals korrekt, weil der «Bund» der Vertrag unter souveränen Kantonen war: die besonderen Verträge sollten nichts dem «allgemeinen» Vertrage Widersprechendes enthalten. Heute bezeichnet «Bund» den Staat dieses Namens im Gegensatz zu den Kantonen; die Tagsatzungskommission hatte daher Recht vorzuschlagen: nichts den Rechten des Bundes Zuwiderlaufendes. Der Sinn ist kein anderer: die Verträge unter den Kantonen sollen nichts den Rechten des Bundes, wie den Rechten der Kantone Zuwiderlaufendes enthalten, oder m. a. W. nichts dem Bundesrecht Zuwiderlaufendes; die Eidgenossenschaft kann nicht verlangen, dass die kantonalen Verträge auch nichts

ihren Interessen Zuwiderlaufendes enthalten: die Frage, ob Verträge unter Kantonen anerkannt werden müssen, soll lediglich eine Rechtsfrage sein, die nach der Abgrenzung von Bundes- und Kantonssouveränität zu beantworten ist.

In der Praxis ist es m. W. seit dem Bestehen der neuen Eidgenossenschaft nicht vorgekommen, dass Verträge unter Kantonen auf Grund des Art. 7 beanstandet worden wären.

3. Handelt es sich um einen erlaubten Vertragsgegenstand, so wird der Vertrag *in endgültiger Weise durch die vereinbarenden Kantone abgeschlossen*, ohne Mitwirkung der Bundesbehörden[1]). Der Vertrag ist sofort gültig und vollziehbar[2]); er soll aber auch sofort der Bundesbehörde zur Einsicht vorgelegt werden, damit sie oder andere Kantone (Art. 102, Ziffer 7; 85, Ziffer 5) eventuell Fürsprache gegen dessen Vollziehung erheben können. Der B. R. hat den Vertrag auf seine Zulässigkeit zu prüfen und bejahendenfalls zu genehmigen. Er kann aber auch wegen Verletzung des Bundesrechts oder der Rechte anderer Kantone die Genehmigung nicht erteilen; in diesem Fall hat die B. Vers. über Erteilung oder Nichterteilung der Genehmigung zu entscheiden. Der B. R. wird kaum in die Lage kommen, von sich aus die Genehmigung zu verweigern, bezw. bei der B. Vers. Einsprache zu erheben wegen Verletzung der Rechte anderer Kantone, da jedem derselben ein Einspracherecht gegen solche Verträge zusteht (Art. 85, Ziffer 5)[3]), unbeschadet seines Rechtes beim B. Ger. auf Grund von Art. 113, Ziffer 2, den staatsrechtlichen Rekurs zu erheben. Die «Genehmigung» ist nicht die endgültige Entscheidung über die Vereinbarkeit des Vertrages mit dem Bundesrecht und den Rechten anderer Kantone; sie ist nur die Erklärung, dass die Bundesbehörde sich nicht von vornherein der Vollziehung des Vertrages widersetze. Die Verpflichtung zur Einholung der Genehmigung hat nur den Zweck, zu verhindern, dass rechtswidrige Verträge ins Leben treten, nicht aber die unter Kantonen abgeschlossenen Verträge gewissermassen mit einer eidgenössischen Garantie zu versehen. Es steht daher anderen Kantonen auch noch später zu, die Verträge als mit ihren Rechten in Widerspruch stehend vor dem B. Ger. anzufechten; auch verwirkt der verletzte Kanton sein Beschwerderecht nicht dadurch, dass er nicht anfangs beim B. R. Einsprache erhoben[4]). Ebenso steht es dem B. R. auch später noch zu, einen solchen Vertrag, der sich nachträglich als unzulässig erweist, anzufechten.

Es wurde früher schon bemerkt, dass *Gebietsabtretungen* unter Kantonen nur in dem durch Art. 7 vorgezeichneten Wege sollten vorgenommen werden. Wenn die Grenze zwischen zwei Kantonen bestritten ist, so ist das B. Ger. kompetent, den Streit zu entscheiden, gemäss

---

[1]) *Schollenberger*, S. 153.

[2]) Das B. Ger. scheint anderer Meinung zu sein: Urteil vom 28. Sept. 1898, i. S. Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldstättersees, XXIV, 446.

[3]) Vgl. den Bericht des polit. Depts. über die Rekurse betr. die kirchlichen Konflikte im Bistum Basel, B. Bl. 1874, I. 403, und Bericht der St. R. K. (Mehrheit), vom 18. März 1875, B. Bl. 1875, II, 650.

[4]) Vgl. Art. 177, Abs. 2, des O. G.; dass die Genehmigung in dieser Beziehung nicht präjudizierlich sein kann, geht auch daraus hervor, dass die Auslegung solcher Verträge den Vertragsparteien anheimgegeben ist.

Art. 113, Ziffer 2 (vgl. Art. 177, Abs. 2, O. G.)[1]. Es handelt sich dann nicht darum, die Kantonsgrenze zu verlegen, sondern festzustellen, welches von Rechts wegen die Grenze ist. Ist aber die Grenze bekannt und unbestritten, so darf sie durch die Kantone nicht verändert werden, ohne dass der Bundesbehörde gemäss Art. 7 B. V. Gelegenheit zur Einsprache gegeben wird. Auch wenn der Vertrag ohne jegliche politische Bedeutung ist und durch die Umstände geboten erscheint, wenn es sich nur um eine sog. Grenzberichtigung handelt. Dasselbe muss gelten, wenn über eine streitige Grenze ein Vergleich abgeschlossen wird, oder wenn der Streit einem Schiedsgericht unterbreitet wird; vgl. z. B. Geschäftsbericht des polit. Departements, B. Bl. 1901, I, S. 887, Nr. 18; denn in beiden Fällen verfügen die Parteien über die Grenze direkt oder indirekt. — Die Praxis geht aber vorwiegend dahin, dass Grenzregulierungen von den beteiligten Kantonen vorgenommen werden können, ohne dass sie der Bundesbehörde zur Einsicht vorgelegt zu werden brauchten[2]. Überhaupt halten die Kantone die Pflicht, alle öffentlichrechtlichen Verträge untereinander der Bundesbehörde zur Kenntnis zu bringen, nicht strenge ein[3].

Wird dem Vertrag unter den Kantonen die Genehmigung erteilt, so sind die Vertragsparteien berechtigt, zur Vollziehung die Mitwirkung der Bundesbehörden anzusprechen. Auf Grund von Art. 7 B. V. sind nur die vertragschliessenden Kantone klagberechtigt, nicht auch die an der Ausführung interessierten Privatpersonen. Die Genehmigung durch

---

[1]) B. Ger. XXI, 957, vgl. die Entscheidungen des B. R. unter der Verf. von 1848, B. Bl. 1869, I, 999; 1873, III, 493; 1871, II 866, 399; B. Ger. VIII, 57. *Blumer-Morel*, I, 235. B. B. vom 23. Juli 1870 betr. der Grenze zw. Appenzell Ausser- und Innerrhoden. (A. S. X, 246.)

[2]) Vgl. den Vergleich zw. Waadt und Freiburg vom 21. Febr. 1868 (rec. off. des lois du canton de Vaud, t. 65, p. 166) und den Vertrag zwischen den gleichen Kantonen vom 28. Nov. 1848 betr. die Grenze im Murtensee (ibid. I, 45, p. 396). Vertrag zwischen Bern und Neuenburg vom 15. Aug. 1894: B. Ger. XXIV, II, p. 509. Vertrag vom 15. Sept. 1871 zw. Appenzell Ausserrhoden und Innerrhoden, B. Ger. XXI, p. 957, und die Fälle bei *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht der Kantone, I, p. 15. Ein Fall von Grenzbereinigung durch Austausch zweier Parzellen zwischen Luzern und Aargau ist mitgeteilt von *Schnyder*, in der Schweiz. Zeitschrift für Staats- und Gemeindeverwaltung, II, S. 140, 1901—1902. — Schiedsgerichtliches Urteil über Grenzstreit: *Ullmer*, II, Nr. 859.

Dagegen wurde ein Grenzanstand zwischen Bern und Wallis durch einen Vertrag vom 11. Aug. 1871 beigelegt, nachdem der Entwurf durch die Vertreter beider Kantone unter dem Vorsitz eines eidgenössischen Kommissärs vereinbart worden war (A. S. I, S. 151), ein Verfahren, das weder demjenigen für Entscheidung von Streitigkeiten unter den Kantonen, Art. 90, Ziffer 2, noch denjenigen für Genehmigung von Verträgen unter den Kantonen entspricht, Art. 7 B. V. von 1848. Durch Beschluss vom 21. Juni 1852 genehmigte der B. R. einen Vertrag zw. Zürich und Schaffhausen betr. die Bestimmung der Kantonsgrenze und Regulierung des Rheinufers vom 26. Juni 1851 (*Ullmer*, II, Nr. 717). Die Grenzregulierungsverträge zw. St. Gallen einerseits, Zürich und Schwyz anderseits wurden durch B. R. B. vom 18. März 1871 in Anwendung von Art. 7 der B. V. gutgeheissen. (A. S. X, 405, 408, 411.)

[3]) Vgl. *Hilty*, Polit. Jahrbuch, XV, 492. Beispiele in der *Zeitschrift* für schweiz. Recht 1900, XIX, S. 437: Übereinkunft zwischen St. Gallen und Glarus betr. Schiffahrt auf dem Wallensee; 1899, XVIII, S. 453, 454: Schiffahrt auf dem Vierwaldstätter- und auf dem Neuenburger- und Murtensee; XXI, 451: Schiffahrt auf dem Zugersee; XVII, 429: Übereinkunft zwischen St. Gallen und Appenzell über das Verfahren bei Handänderungen u. hyp. Verpfändung von Liegenschaften auf beidseitigen Kantonsgrenzen; XV, 436: Freiburg und Bern, betr. Rechtshilfe bei Verfolgung von Vergehen und Polizeiübertretungen. Den 29. Juni 1901 beschloss die B. Vers. folgendes Postulat: Der B. R. wird ersucht, zu veranlassen, dass Verträge öffentlichrechtlichen Inhalts unter den Kantonen in der durch Art. 7 und 102, Ziffer 7, B. V. vorgeschriebenen Konkordatsform abgeschlossen und dem B. R. mitgeteilt werden. *Salis*, II, Nr. 413.

den Bund erhebt den Inhalt des Vertrages nicht zum Bundesrecht. Privatpersonen können daher die Intervention der Bundesbehörde zum Schutz der ihnen durch den Vertrag gesicherten Rechte nur dann anrufen, wenn diese Rechte zugleich durch die Kantonsverfassung gewährleistet sind. (Art. 5 B. V.)[1]) Art. 7 B. V. erhält ihre Ausführung durch Art. 102, Ziffer 2 und 5; und Art. 113, Ziffer 3, in diesem Sinne, dass wenn über die Ausführung von Verträgen unter den Parteien Streit entsteht, das B. Ger. heute ausschliesslich zur Entscheidung des Streites kompetent ist, und der B. R. lediglich für die Vollziehung des B. Ger. Urteils zu sorgen hat. (Vgl. unter Art. *102*, Ziffer 2.) Wie die Kantone in mannigfacher Weise zur Vollziehung von Bundesbeschlüssen und Entscheidungen verpflichtet sind, so hat sich hier die Bundesbehörde in den Dienst der vertragsschliessenden Kantone zu stellen.

Art. 8.

Dem Bunde allein steht das Recht zu, Krieg und Frieden zu schliessen, Bündnisse und Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge mit dem Auslande einzugehen.

Art. 9.

Ausnahmsweise bleibt den Kantonen die Befugnis, Verträge über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei mit dem Auslande abzuschliessen; jedoch dürfen dieselben nichts dem Bunde oder den Rechten anderer Kantone Zuwiderlaufendes enthalten.

Die beiden Artikel sind zusammen zu behandeln, da sie die beiden Seiten eines und desselben Gegenstandes behandeln: die Verteilung der Kompetenz zum Abschluss von internationalen Verträgen zwischen Bund und Kantonen, und sich gegenseitig ergänzen.

I. Geschichte.

Art. 10 der *Mediationsakte* ist bereits bei Art. 7 angeführt worden. Die Art. 31, 32 und 33 bestimmten des nähern die Kompetenzen der Tagsatzung.

Art. 31. «Die Kriegserklärungen, Friedensschlüsse und Bündnisse gehen von der Tagsatzung aus; jedoch ist die Zustimmung von drei Vierteilen der Kantone dazu erforderlich.»

---

[1]) Vgl. B. Bl. 1874, I, 390. Unrichtig: *Amiet*. Die Politik und Rechtsanschauung des h. schw. B. R. in staatlich-kirchlichen Fragen, Solothurn 1877, S. 15. Vgl. *G. Vogt*, a. a. O., S. 224.

Art. 32. «Die Tagsatzung allein schliesst Handelstraktate und Verkommnisse über den auswärtigen Dienst ab. Sie bevollmächtigt die Kantone, wenn es der Fall ist, mit einer fremden Macht über andere Gegenstände besonders zu unterhandeln.»

Art. 33. «Ohne ihre Einwilligung können in keinem Kantone Anwerbungen für eine ausländische Macht statthaben.»

§ VIII, Abs. 3, 4 und 5 des *Bundesvertrages* von 1815 lauteten wie folgt:

«Die Tagsatzung erklärt Krieg und schliesst Frieden; sie allein errichtet Bündnisse mit auswärtigen Staaten; doch sind für diese wichtigen Verhandlungen drei Vierteile der Kantons-Stimmen erforderlich.»

«Handelsverträge mit auswärtigen Staaten werden von der Tagsatzung geschlossen.»

«Militärkapitulationen und Verträge über ökonomische und Polizei-Gegenstände mögen von einzelnen Kantonen mit auswärtigen Staaten geschlossen werden. Sie sollen aber weder dem Bundesverein, noch bestehenden Bündnissen, noch verfassungsmässigen Rechten anderer Kantone zuwider sein, und zu diesem Ende zur Kenntnis der Tagsatzung gebracht werden.»

Letztere Bestimmung stand schon im Entwurf vom 10. Mai 1814, Art. 8, Abs. 2, während Art. 5 des Entwurfs vom Februar 1814 die etwas abweichende Fassung erhielt: «Jede Allianz oder Bündnis eines einzelnen oder mehrerer Kantone mit einer fremden Macht ist untersagt. Militärkapitulationen hingegen und Verträge über minderwichtige, ökonomische oder andere Gegenstände mögen wohl von einzelnen Kantonen geschlossen, sollen aber zur Kenntnis der Tagsatzung gebracht werden, ...» (Vgl. *Kaiser* u. *Strickler*, T., S. 155.)

Schon der Entwurf von 1832 enthielt eine der heutigen ähnliche Regelung der Frage, die jedoch keine klare Ausscheidung der Befugnisse des Bundes und der Kantone gab (Art. 11. «Dem Bund *allein* steht das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, Bündnisse und *Staatsverträge, worunter* auch Zoll- und Handelsverträge verstanden sind, mit dem Auslande einzugehen.» Art. 12. «Die Kantone sind berechtigt, *alle* Verträge mit dem Auslande, deren Abschluss durch den vorgehenden Artikel dem Bund nicht ausdrücklich vorbehalten ist, von sich aus abzuschliessen, ...»). An der Tagsatzung von 1833 enthielten die Standesinstruktionen zwei Einschränkungen der Kompetenz des Bundes auf Abschluss von Staatsverträgen; *Bern* wollte beifügen: Staatsverträge *politischen Inhalts*; *Graubünden* die Worte: «insoweit es die Behauptung der Neutralität, der Freiheit, Unabhängigkeit und Sicherheit gegen aussen erfordern sollte», und *Waadt* kombinierte beide Einschränkungen, jedoch unter ausdrücklicher Erwähnung der Handelsverträge, denen *Thurgau* und *Freiburg* die Postverträge, als in der Kompetenz des Bundes stehend, anfügen wollten. *Genf* verlangte eine schärfere Bezeichnung derjenigen Verträge überhaupt, die Art. 11 umfassen sollte. (Absch. 1833, I, S. 32.) In der Beratung wird nur noch ein Antrag *Graubündens* erwähnt auf Weglassung der Zoll- und Handelsverträge, ev. auf Erhöhung der zur Annahme erforderlichen Mehrheit (3/4); der Vorschlag wurde aber von keiner Seite unterstützt, so dass der Artikel unverändert blieb. (Absch. a. a. O., S. 106.) Der Entwurf von 1833 versuchte eine klarere Fassung:

Art. 11. «Dem Bund allein steht das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, Bündnisse und Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge, mit dem Auslande einzugehen.»

Art. 12. «Dagegen bleibt den Kantonen die Befugnis, Verträge über Gegenstände der Ökonomie, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei von sich aus mit dem Ausland abzuschliessen, jedoch dürfen solche Verträge nichts dem Bunde, den Rechten anderer Kantone oder bestehenden Bündnissen Zuwiderlaufendes enthalten und sind zu diesfälliger Beurteilung, vor Auswechslung der Ratifikationen, der obersten Bundesbehörde vorzulegen. Nur bei Postverträgen und bei Verträgen zur Lieferung von Salz und Getreide gegen rein ökonomische Leistungen kann die Vorlegung unterbleiben; jedoch hat die Bundesbehörde das Recht, dieselbe im einzelnen Falle zu verlangen.»

Im Jahre 1848 wurde Art. 11 des Entwurfs von 1833 als Art. 8 der neuen Verfassung unverändert beibehalten. Art. 12 dagegen wurde mit Rücksicht auf den durch die Kommission neu vorgeschlagenen Art. 10, betr. die Vermittlung des amtlichen Verkehrs zwischen den Kantonen und dem Ausland, durch den B. R. um den zweiten Teil gekürzt; der erste Teil wurde insofern abgeändert, als die Kommission eingangs das Wort «Dagegen» durch «Ausnahmsweise» ersetzte, und die Tagsatzung das Wort «Ökonomie» durch «Staatswirtschaft»[1]).

In den Nationalratsverhandlungen des Jahres 1871 stellte *Dubs* folgenden Antrag:

Art. 8. «Dem Bunde allein steht das Recht zu, Krieg zu erklären und Frieden zu schliessen, sowie Bündnisse und Staatsverträge im Interesse der gesamten Eidgenossenschaft oder einzelner Kantone mit dem Auslande einzugehen.»

Art. 9. Streichung.

Art. 10. Streichung des zweiten Absatzes.

Art. 10bis. «Die Verwaltungs- und Gerichtsstellen des Bundes und der Kantone können unter sich und mit Verwaltungs- und Gerichtsstellen des Auslandes, mit Ausnahme der Regierungen ausländischer Staaten, in direkten amtlichen Verkehr treten, soweit diese Befugnis nicht durch besondere Bundesvorschriften beschränkt wird.»

Das für die Schweiz demütigende Schauspiel, dass sich Kantone vor auswärtigen Regierungen bekämpfen, wie es vor 1848 vorkam, müsse auch in der Gegenwart wahrgenommen werden, indem die Eisenbahnkämpfe ebenfalls nicht selten im Auslande sich abzuspielen pflegen. Deshalb solle das ganze Vertragsrecht in die Hände des Bundes gelegt werden, welcher die Interessen der Kantone ebensogut als diese selbst wahrzunehmen vermöge.

Segesser beantragte im Hinblick auf die durch den Vertrag von 1864 mit Frankreich nötig gewordene Verfassungsrevision, dass Verträge mit dem Auslande nur innert den Schranken der B. V. sollten abgeschlossen werden dürfen.

Zum Antrag *Dubs* bemerkte die Kommission, die den Kantonen bisher gelassene Befugnis, Verträge mit dem Ausland abzuschliessen, sei ohne Bedenken, da die Verhandlungen in der Regel nicht von den Kantonen, denen der direkte Verkehr mit den auswärtigen Regierungen

[1]) Vgl. Prot. der Tagsatzungskommission, S. 14 ff., 162 f. Absch. 1847, IV. S. 58–60; 248 f.

verboten sei, sondern von den Bundesbehörden geführt werden. Wenn es sich dagegen im Sinne von Art. 8 nur um ganz untergeordnete Dinge handle, wie den Bau von Brücken, Abnahme von Strassen u. dgl., so wäre es nicht angemessen, die Kantone weiter zu beschränken. — Dagegen sollte in Art. 9 der Zwischensatz: «namentlich Zoll- und Handelsverträge», der aus dem Entwurfe von 1833 herübergenommen worden sei, weggelassen werden; damals habe es sich wesentlich nur um solche Verträge gehandelt, während jetzt die verschiedenartigsten Materien, selbst die eingehendsten Rechtsverhältnisse, zum Gegenstand von Staatsverträgen gemacht werden. — *Dubs* liess seinen Antrag fallen und der Streichungsantrag der Kommission wurde angenommen; in einer späteren Sitzung wurde aber der frühere Text wieder hergestellt, im Anschluss an den ständerätlichen Beschluss[1]). Zu der von *Segesser* aufgeworfenen Frage, ob der Bund bloss über bereits zentralisierte Gegenstände verhandeln oder darüber hinausgehen dürfe, bemerkte die Kommission, die B. Vers. habe sich anlässlich der Beratung der französischen Verträge von 1864 für letztere Lösung entschieden, und es liege kein Grund vor, hiervon für die Zukunft abzusehen. Natürlich verstehe es sich, dass man in solchen Materien, die gewissermassen über die Verfassung hinausreichen, nicht zu weit gehen und nicht Verhältnisse berühren dürfe, welche Anstoss erregen und das öffentliche Gefühl verletzen könnten. — Durch Stichentscheid des Präsidenten wurde der Antrag Segesser abgelehnt[2]).

Bei der Verfassungsrevision von 1873—1874 blieben die beiden Artikel unverändert[3]).

II. Auslegung[4]).

Trotz des scheinbar klaren Wortlautes der Art. 8 und 9 ist es keineswegs leicht zu bestimmen, welche Befugnisse dem Bund in bezug auf die Eingehung internationaler Verträge, und welche den Kantonen zustehen. Das eine ergibt sich zunächst mit Sicherheit, dass Art. 8 nicht bloss formelle Bedeutung, sondern auch materielle hat; er will nicht nur bestimmen, welche Verträge der Bund namens der Kantone und auf ihre Initiative hin als Vertreter der Kantone abzuschliessen habe, sondern welche Verträge er aus eigenem Antrieb, im eigenen Namen mit Verbindlichkeit für die ganze Schweiz als Vertragspartei abschliessen könne.

Da geht einmal daraus hervor, dass es sicher nicht die Absicht der B. V. war, das Eingehen von Bündnissen, von Zoll- und Handelsverträgen durch den Bund namens der Kantone in Aussicht zu nehmen, was der Fall sein müsste, wenn das Wort «eingehen» nicht im gleichen Satz zwei verschiedene Bedeutungen haben sollte; sodann daraus, dass ja auch bei Verträgen über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei (Art. 9) die Kantone nicht unmittelbar, sondern nur durch die Organe des Bundes mit dem auswärtigen Staate verhandeln, wie Art. 10 ausdrücklich vorschreibt, bei Art. 8 also offenbar etwas anderes gilt.

---

[1]) Prot. des St. R., 16. Januar 1872.
[2]) Prot. des N. R., 1871/72, S. 60—62, 109—111, 526.
[3]) Prot. der eidg. Räte, 1873/74, S. 4, 308.
[4]) *Salis*, II, Nr. 414—450. *Blumer-Morel*, I, 238.

A. Befugnisse des Bundes. Art. 8.

Handelt aber Art. 8 von den Gegenständen, über welche der Bund befugt sein soll, Verträge zu schliessen, so fragt es sich, welches diese Gegenstände sind, und namentlich, ob er befugt ist, nur solche Gegenstände vertraglich zu regeln, welche im Bereich der Bundesgesetzgebung liegen, oder auch solche, die der kantonalen Gesetzgebung verblieben sind, und in diesem Fall, ob er in diesem Gebiet ausschliesslich kompetent ist oder konkurrierend mit den Kantonen, oder endlich, ob er zur Eingehung solcher Verträge wenigstens die Zustimmung der Kantone einzuholen hat.

Die *Praxis* steht grundsätzlich auf dem Boden, dass der Bund über alle Gegenstände, gehören sie nun dem Gesetzgebungsbereich der Kantone oder des Bundes an, Verträge abschliessen kann.

Bezeichnend dafür ist, dass schon unter dem Bundesvertrag von 1815, der doch der Tagsatzung nur die Kompetenz, Friedensverträge, Bündnisse und Handelsverträge zu schliessen, übertrug, von derselben mit Mehrheitsbeschluss am 18. Juli 1828 mit Frankreich ein Vertrag über «verschiedene nachbarliche, gerichtliche und polizeiliche Verhältnisse», nämlich den Gerichtsstand, die Gleichbehandlung der beidseitigen Staatsangehörigen im Konkurs, die Auslieferung von Verbrechern, die Evokation von Zeugen u. a. m., namens der ganzen Eidgenossenschaft geschlossen, während der Niederlassungsvertrag mit Frankreich vom 30. Mai 1827 nur namens der zustimmenden Kantone ratifiziert wurde[1]). Die zahlreichen Freizügigkeitsverträge dagegen, welche das Niederlassungsrecht regelten und die Abschaffung von Abzugsrechten u. a. m. statuierten, wurden vom eidg. Vorort namens der verbündeten Stände (aller oder einzelner) und mit ihrer Zustimmung abgeschlossen[2]).

Nachdem die B. V. von 1848 in Kraft getreten war, wurde die Kompetenz des Bundes zur Eingehung von Niederlassungsverträgen von seiten des Kantons Waadt anlässlich des Handels- und Niederlassungsvertrages mit *Sardinien* vom 8. Juni 1851 in Frage gestellt, soweit dies ein Gegenstand kantonaler Fürsorge sei[3]). Die St. R. K. bemerkte unter Verweisung auf den 1850 mit den Vereinigten Staaten ohne Widerspruch abgeschlossenen Niederlassungsvertrag: «Nach Art. 8 der B. V. steht dem Bunde unbedingt das Recht zu, Staatsverträge mit dem Ausland abzuschliessen. Dieses Recht soll durch Hinzuziehung der Worte «namentlich Zoll- und Handelsverträge» offenbar nicht beschränkt, sondern nur erläutert werden»[4]). Als im Jahre 1855 ein Niederlassungsvertrag mit Grossbritannien abgeschlossen wurde, welcher die Angehörigen dieses Staates nicht nur vom Militärdienste in der Schweiz, sondern auch von den kantonalen Militärpflichtersatzsteuern befreite, die Durchsuchung der Wohnung von einem schriftlich abgefassten gerichtlichen oder polizeilichen Befehl abhängig machte und den britischen Untertanen den

---

[1]) Offiz. Sammlg., II. 216, 306. Vgl. zum folgenden *Blumer-Morel,* I, S. 238 ff. und B. Bl. 1864, II, 365 ff., 593, 698.

[2]) Vgl. Bd. I und II der offiz. Sammlg, im Register verbo: Freizügigkeitsverträge.

[3]) *Ullmer,* I, Nr. 639. Es ist nicht recht verständlich, wie *Blumer-Morel*, a. a. O. S. 249, sagen kann, das Niederlassungswesen sei eine durch die B. V. zentralisierte Materie; die B. V. regelt gerade das Niederlassungsrecht der Fremden, die Fremdenpolizei nicht, ausgenommen Art. 70.

[4]) B. Bl. 1851, III, 147.

freien Erwerb jeder Art von Eigentum zusicherte, äusserte sich die St. R. K. in ihrem Bericht folgendermassen: «Die Mehrheit der Kommission kann zunächst nicht zugeben, dass in Staatsverträgen keinerlei Bestimmungen aufgenommen werden dürfen, die da oder dort in den Kantonen gewisse Beschränkungen auferlegen, sogar gegenüber gesetzlichen Vorschriften. — Wenn man dieses Prinzip annehmen wollte, so würde der Abschluss solcher Staatsverträge wesentlich erschwert, fast unmöglich gemacht. Es ist gerade ein Hauptzweck beim Abschluss solcher Verträge, über gewisse Verhältnisse eine gleichmässige Behandlung zu erhalten; und dies ist nur möglich, wenn man sich gegenüber bisherigen Zuständen zu gewissen Beschränkungen verpflichtet. Es muss hier natürlich ein *gewisses Mass* gehalten werden; aber es wäre ausserordentlich schwer, ja unmöglich, diese Fälle auszuscheiden» (B. Bl. 1856, I, 180). Die folgenden Verträge griffen ebenfalls in das Gebiet der kantonalen Gesetzgebung ein: der Vertrag mit *Baden* vom 6. Dez. 1856 (A. S. V, 661, betr. gegenseitige Abschaffung der Abschoss- und Abfahrtsgelder, Gleichbehandlung in Erbschaftssteuern, Befreiung von Militärpflichten u. a.) und der Vertrag mit *Belgien* vom 11. Dez. 1862 (A. S. VII, 483, Gleichberechtigung der beidseitigen Staatsangehörigen, sowie auch der in einem Lande anerkannten Handelsgesellschaften, Befreiung von allen Militärpflichten, Nichterhöhung der kantonalen Konsumogebühren auf belgischen Spirituosen). Die Frage wurde aber erst beim Abschluss der Staatsverträge mit Frankreich vom 30. Juni 1864 wieder grundsätzlich erörtert. Der B. R. hob selber einige Bestimmungen der Verträge, als das Gebiet der kantonalen Gesetzgebung beschlagend, hervor: sie gewährleisteten Niederlassungsrecht, sie führten für die Franzosen in der Schweiz den in den meisten Kantonen noch unbekannten Schutz des literarischen und gewerblichen Eigentums ein und machten es den Kantonen zur Pflicht, ihre Konsumogebühren auf französischen Weinen nicht zu erhöhen und für feinere Weine keine besondere, höhere Gebühr zu erheben. In seiner Botschaft vom 15. Juli 1864 (B. Bl. 1864, III, 256 ff.) bemerkte der B. R.: «Es entsteht (also) die weitere Frage: Wer hat die Befugnis, die Staatsverträge mit fremden Staaten abzuschliessen? Hierüber geben Art. 8 und 9 der B. V. klaren Aufschluss. Art. 8 sagt: «Dem *Bund allein* steht das Recht zu, ... Staatsverträge, namentlich Zoll- und Handelsverträge mit dem Auslande einzugehen.» Es ist wohl zu bemerken, dass diese Befugnis keineswegs innerlich auf gewisse Materien beschränkt ist. — Art. 9 überlässt *ausnahmsweise* den Kantonen die Befugnis, gewisse Verträge mit dem Ausland abzuschliessen. *Diese* Verträge aber sind ausdrücklich beschränkt auf untergeordnete Materien, namentlich Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei. — Es muss hervorgehoben werden, dass die B. V. auch nichts von einem *Zusammenwirken* von Bund und Kantonen wissen will; sie gibt ausdrücklich das Recht zu Verträgen der ersteren Art «dem *Bunde allein*» und das Recht zu Verträgen der zweiten Art den *Kantonen allein* mit einem blossen Aufsichtsrecht des Bundes[1].» Der B. R. folgert sodann aus dem «Gesamtcharakter unserer bundesstaatlichen Einrichtungen», dass der Bund kompetent sein muss, auch

[1]) Letzteres ist indessen nicht der Fall; die B. V. sagt nur, den Kantonen stehe die Befugnis zu, solche Verträge abzuschliessen, nicht aber, sie stehe den Kantonen allein zu; richtig ist aber, dass die Kantone allein dem Vertrage zustimmen.

wo ihm die gesetzgeberische Kompetenz fehlen würde; die in der B. V. von 1848 gegebene Staatsform kennzeichne sich durch die Devise: Einheit der Bundesglieder nach aussen, Selbständigkeit im Innern. «Dem unbefangenen Auge wird nicht entgehen, dass diese Staatsform einen etwas zwiespältigen Charakter hat, indem sie sich von aussen anders darstellt als von Innen. Dieser Doppelcharakter kann gar leicht Konflikte erzeugen, wenn man in grossen und umfangreichen Fragen mit spitzfindiger Kritik vorgehen will. Auf der anderen Seite zeigt nur eine längere Erfahrung, dass ein billiges Vernehmen zwischen Bundes- und Kantonalsouveränität diese Staatsform zu einer ganz gedeihlichen machen kann. Man hat bis jetzt bei allen Verträgen mit dem Ausland sich gegenseitig Rechnung getragen. Der Bund hat bei den Unterhandlungen stets darauf Rücksicht genommen, dass keine fundamentalen Grundsätze der kantonalen Selbständigkeit angetastet werden, und die Kantone haben es für angemessen erachtet, nicht durch kleinliche Rechthabereien und Konsequenzmachereien Verkommnissen entgegenzutreten, welche im allgemeinen Interesse des Vaterlands als wünschenswert erfunden wurden.» «Wollte man (demzufolge) den Bund auf Abschluss von Verträgen über zentralisierte Materien beschränken, so würde der volltönende Wortlaut des Art. 8 in Tat und Wahrheit auf die Kompetenz zum Abschluss von Zoll- und Telegraphenverträgen und kleinen Zollregulativen zusammenschrumpfen. Da aber auch die Kantone selbst nicht in der Lage wären, andere Materien im Vertragswege mit dem Auslande zu ordnen, so würde dieser Zustand der Dinge das Resultat erzeugen, dass die Schweiz sich aus formellen Gründen der wichtigsten Verträge enthalten und sich in völkerrechtlicher Beziehung gänzlich isolieren müsste. Diese Stellung würde aber gewiss einem so verkehrsreichen Lande, wie die Schweiz es ist, zum grössten Schaden gereichen» (B. Bl. 1864, II, 256 ff.).

Die St. R. K. sprach sich im gleichen Sinne aus: «Wir erachten vielmehr, es enthalte der Art. 8 die allgemeine Befugnis des Bundes, Staatsverträge abzuschliessen, ohne dass dabei ein Vorbehalt zu gunsten der Kantone gemacht sei. Mit dem Rechte, Verträge einzugehen, ist nach unserer Ansicht die Befugnis verbunden, über alle diejenigen Gegenstände zu statuieren, die dabei in Betracht kommen. Wie unter Vorbehalt dessen, was dem Bunde zusteht, die innere Verwaltung und Gesetzgebung den Kantonen anheim gegeben ist, so dem Bunde die das Ausland betreffenden Verhältnisse . . . .» Die K. führt dann weiter aus, ganz schrankenlos frei sei der Bund beim Abschluss von Verträgen auch nicht; er sei zwar nicht durch Art. 3 B. V. gebunden, wohl aber durch die über dem Kompetenzkreise sowohl des Bundes als der Kantone stehenden Fundamentalbestimmungen der B. V. und durch die den Kantonen in Beschränkung der Bundesgewalt ausdrücklich garantierten Rechte, wie die Zoll- und Postentschädigungen oder die Konsumogebühren. Sie erklärte daher, der Bund habe seine Kompetenz durch die Bestimmungen über die Ohmgelder überschritten. Diese Unterscheidung beruht auf einer unklaren Vorstellung: Der Bund soll wohl den Kantonen Einschränkungen in der Ausübung der Staatsgewalt gegenüber ihren Untergebenen auferlegen können, er soll aber auf dem Wege des Staatsvertrages das innere Verhältnis der Kantone zum Bund, wie es durch die B. V. festgestellt ist, nicht verrücken. Die St. R. K.

bedachte nicht, dass dieses Verhältnis durch einen Staatsvertrag rechtlich überhaupt nicht verändert werden kann, weil der Staatsvertrag nicht das Verhältnis der Kantone gegenüber dem Bunde berührt, sondern nur gegenüber dem Ausland. Allerdings mag die durch Staatsvertrag den Kantonen auferlegte Beschränkung von Einfluss sein auf das tatsächliche Verhältnis zum Bunde, indem sie, z. B. wie hier, die den Kantonen vorbehaltenen Einnahmen schmälert. Eine Verfassungsverletzung kann aber darin nicht erblickt werden, sonst müsste auch die Befreiung der Ausländer von der Militärsteuer eine solche sein. Etwas anderes wäre es, wenn den Kantonen ihr Anteil an der Hälfte des Ertrages dieser Steuer verkürzt würde (Art. 42, lit. *e* B. V.); es ist aber nicht zu ersehen, wie dies durch Staatsvertrag geschehen sollte. — Dagegen ist im allgemeinen richtig, dass der Bund auch in völkerrechtlicher Vereinbarung die seine Gesetzgebungsgewalt im Innern bestimmenden und beschränkenden Vorschriften der B. V., wie die sog. Freiheitsrechte der Bürger beobachten soll, z. B. die Press- und Vereinsfreiheit. Das völkerrechtliche Interesse der Schweiz wird aber auch hier im Falle eines Konfliktes vorgehen (*Schollenberger,* S. 157).

Seither ist der Bund in zahllosen Verträgen mit dem Ausland Verpflichtungen eingegangen, deren Erfüllung nicht in das Gebiet seiner Kompetenz, sondern derjenigen der Kantone gehört, ohne dass ihm die Befugnis dazu bestritten worden wäre. Auch als der B. R. von der B. Vers. die Genehmigung der Haager Konvention betr. verschiedener Materien des Zivilprozesses vom 14. Nov. 1896 verlangte, wurde wenigstens an amtlicher Stelle keine Stimme laut, welche dem Bund die Kompetenz dazu bestritten hätte, obschon der Vertrag das kantonale Prozessrecht in einschneidender Weise modifizierte[1]. Der Bund kann dagegen aus seiner Kompetenz, über eine Materie internationale Verträge abzuschliessen, nicht die Befugnis ableiten, darüber auch Gesetze zu erlassen, sonst wäre seine Kompetenz an keine Schranken mehr gebunden. Es ist daher unrichtig, dass der Bund kompetent sei, Gesetzesvorschriften über die zivilrechtlichen Verhältnisse der Ausländer zu erlassen, sofern es sich um Verhältnisse des kantonalen Rechts handelt, weil er diese Rechtsverhältnisse auch auf dem Wege des internationalen Staatsvertrages bestimmen könnte, oder weil es sich um internationale «Verhältnisse» handle, deren Regelung verfassungsgemäss der Bundesgewalt zukomme[2].

Die Praxis steht daher grundsätzlich auf dem Standpunkt, dass die sachlichen Schranken, welche die Verfassung der Bundesgewalt auf dem Gebiete der Gesetzgebung zu gunsten der Kantone aufgestellt hat, auf dem Gebiete der internationalen Vereinbarung für den Bund nicht gelten.

Dennoch aber sind in der Praxis vor und nach der wiedergegebenen prinzipiellen Erörterung im Jahre 1864 hin und wieder Zweifel aufgetaucht, und sind die Kantone zur Abschliessung von Verträgen, die ihre

---

[1]) Vgl. B. Bl. 1898, II, 756; 1899, I, 356; und die folg. Gesch., Ber. A. S., XVII, 179, 181, 197.

[2]) Vgl. Botschaft des B. R. vom 28. Mai 1887, B. Bl. 1887, III, 113: *Salis*, in der Zeitschrift, XI, S. 347. Richtiger Ansicht war *Rott* in seinem Referat über die Ausführung des Art. 46 B. V., vom Jahr 1884; vgl. Zeitschrift, III. S. 651, 654, im Gegensatz zu *Soldan*, ibid. S. 650.

innere Kompetenz berührten, beigezogen worden, sei es, dass der B. R. namens der Kantone den Vertrag schloss, oder namens des Bundes und der Kantone, oder endlich namens des Bundes allein, aber nach Einholung der Zustimmung der Kantone.

Zunächst ist zu bemerken, dass die vor 1848 namens aller oder einzelner Kantone mit dem Ausland abgeschlossenen Verträge über Auslieferung von Verbrechern und andere Gegenstände auch nach 1848 noch in Kraft blieben, und dass die darauf bezüglichen Erklärungen vom B. R. namens der damit einverstandenen Kantone abgegeben und die Abänderungen in gleicher Weise von ihm vorgenommen wurden so die Nachträge vom 16. Juli 1855 und 18. Mai 1860 zum Auslieferungsvertrag mit Sardinien, vom 28. April 1843 (A. S. V, 128, 329; VI, 480; VII, 23)[1]). Die ursprünglich vertragsschliessenden Kantone bleiben allein verpflichtet (vgl. *Ullmer*, II, Nr. 1237, 1242, Erw. 2, 1254, Erw. 1, 1189, 1260 i. f.; I, Nr. 617, 620). In etwas anderm Sinne hatte sich allerdings der B. R. geäussert anlässlich der Frage, ob die Kantone laut Vertrag vom 23. Mai 1827 mit Frankreich von Französinnen Einheiratsgebühren fordern können; er bemerkte, infolge der Annahme der neuen B. V. von 1848 (Art. 48) seien alle Kantone verpflichtet, die Franzosen mit den Schweizern anderer Kantone gleichzuhalten, auch diejenigen, die dem Staatsvertrage nicht beigetreten (*Ullmer*, I, Nr. 618); denn gerade diese Betrachtung sei ein Hauptgrund gewesen, warum man bei der Revision der B. V. die Israeliten den Christen nicht gleichstellte, weil man annahm, dass dann auch die französischen Israeliten ein Niederlassungsrecht in der Schweiz erhalten würden[2]). Diese Ansicht wurde auch in einer andern Angelegenheit (*Ullmer*, I, Nr. 621) bestätigt, während der Niederlassungsvertrag auf Einheiratsgebühren nicht anwendbar erklärt wurde.

Was nun die seit 1848 abgeschlossenen Verträge betrifft, so sei zunächst eine Äusserung des Eidg. Justizdepartements über die Kompetenz des Bundes zum Abschluss eines Vertrages betr. den Nachdruck erwähnt; da der Gegenstand vorwiegend die kantonale Gesetzgebung beschlage und die Kantone wohl nicht dazu verhalten werden könnten, einen Vertrag darüber mit dem Ausland einzugehen, so könne der B. R. den Vertrag nur namens der ihn dazu beauftragenden Kantone abschliessen; es handle sich mit einem Worte um eine Anwendung des Art. 9 der B. V. (*Ullmer*, I, Nr. 40).

Der B. R. gab am 16. Januar 1850 u. 22. Febr. 1851 namens des Kantons *Zürich* eine Reziprozitätszusicherung an Württemberg ab betr. Legitimatio per subsequens matrimonium und daherige Aufnahme in das Staatsbürgerrecht (*Ullmer*, II, Nr. 1228), und ebenso verfuhr er gegenüber Österreich namens des Kantons *Tessin* betr. die Zuständigkeit der Behörden des Heimatstaates betr. *Erbsverhandlung* und Entscheidung

[1]) Vgl. andere fortbestehende Verträge der Kantone mit dem Ausland bei *Ullmer*, I, Nr. 605. Heute stehen noch in Kraft eine Anzahl Übereinkünfte betr. Einheit des Konkurses, mit Württemberg vom 13. Mai 1826 (Off. Sammlg., II, 136); mit Bayern, betr. gleichmässige Behandlung der gegenseitigen Staatsangehörigen, vom Juni 1834 (Offiz. Sammlg., II, 328); mit Sachsen, gl. Gegenstand, vom 4. April 1837 (Off. Sammlg., III, 49) (vgl. A. S. a. F., VI, 369), *Jäger*, Kommentar des Betreibungsgesetzes, 333 ff. Ein ähnlicher Vertrag aller Kantone ausser Schwyz mit dem Grossh. Baden, vom 8. Juli 1808, ist mit dem 1. Januar 1903 ausser Kraft getreten; B. Bl. 1902, III, 1025.

[2]) Aber doch nicht ohne weiteres, sondern erst infolge neuer Verträge!

aller streitigen *Erbsansprüche* (B. R. B. v. 13. März 1857; *Ullmer*, II, Nr. 1229); ein anderer Kanton endlich, *Genf*, wurde durch den B. R. mit Schreiben vom 8. Aug. 1856 kompetent erklärt zur Abschliessung eines Vertrages mit Belgien über gegenseitige Zulassung von anonymen Gesellschaften; die darauf bezügliche Gesetzgebung komme in der Schweiz den Kantonen zu, woraus folge, dass auch hierauf bezügliche Verträge mit dem Ausland nicht im Namen des Bundes, sondern im Namen aller oder einzelner Kantone abzuschliessen seien (*Ullmer*, II, Nr. 719).

Der B. R. traf am 1. Dez. 1856 (B. Bl. 1857, I, 186) eine Vereinbarung mit *Österreich* betr. den *direkten Verkehr der Gerichtsbehörden* unter Zustimmung der Kantone, und darauf in ähnlicher Weise mit *Bayern* am 1. Okt. 1857 (B. Bl. 1858, I, 240), mit *Baden* am 9. Sept. 1857 (ibid.) und mit *Württemberg* am 1. Januar 1858 (ibid.), wie es scheint, auch nach Zustimmung der Kantone. Am 1./13. Dez. 1878 ging der B. R. mit der Regierung des Deutschen Reichs eine Vereinbarung gleichen Inhalts ein, nachdem sich vorher alle kantonalen Regierungen damit einverstanden erklärt hatten (*Salis*, II, Nr. 833; A. S. III, 661). — Von der Voraussetzung ausgehend, dass der Bund hierzu allein nicht kompetent wäre, stellte der B. R. im Jahre 1886 an die Kantone die Frage, ob sie einer deutsch-schweizerischen Vereinbarung betr. gegenseitige unentgeltliche Vollziehung von Rogatorien zustimmen könnten, und verzichtete darauf, die Vereinbarung abzuschliessen, nachdem zwei Kantone sich dagegen erhoben hatten (B. Bl. 1886, II, 904, 1887; II, 661; *Salis*, 1. A. I, Nr. 116, S. 241, Note 2). Dagegen vindizierte der B. R. bereits 1882 die Kompetenz für den Bund, Verträge über das *Armenrecht* abzuschliessen, unter Berufung auf den Vertrag vom 15. Juni 1865 mit Frankreich (Art. 14), obschon der gleiche Vertrag (Art. 21, Abs. 2) auch schon die unentgeltliche Erledigung von Rogatorien vorschrieb; dabei wurde allerdings bemerkt, die kantonalen Gesetze gewähren schon damals dieses Recht unter der Bedingung der Reziprozität (B. Bl. 1882, IV, 440).

Betr. gegenseitige Mitteilung von *Zivilstandsakten* wurden Vereinbarungen abgeschlossen zwischen den Kantonen und *Bayern* (*Ullmer*, II, Nr. 1215; B. Bl. 1861, I, 678; 1875, I, 25)[1]), zwischen 20 Kantonen und *Baden* (*Ullmer*, I, Nr. 608; B. Bl. 1858, I, 241, II, 495; 1859, I, 273), zwischen 19 Kantonen und *Belgien* den 9. März 1870 (A. S. X, 112). Ähnliches wurde zwischen dem Bund und Italien den 9. Sept. 1870 (A. S. X, 299) und zwischen dem Bund und Österreich-Ungarn im Niederlassungsvertrag vom 7. Dez. 1875 (A. S. II, 148) vereinbart. Vgl. *Handbuch* der Zivilstandsbeamten, S. 181 ff.

Mit Kreisschreiben vom 16. Januar 1861 wurden die Kantone darüber angefragt, ob und wie weit sie geneigt wären, ihre Mitwirkung zuzusagen, falls zwischen der Schweiz und andern Staaten die üblichen Postbeschränkungen gegenseitig aufgehoben werden könnten (*Ullmer*, Nr. 1211; B. Bl. 1861, I, 103; 1862, II, 267; vgl. *Ullmer*, Nr. 1212).

Zahlreiche Übereinkünfte wurden durch den B. R. namens der Kantone getroffen über die gegenseitige *Verpflegung armer kranker Staatsangehöriger;* so am 19./31. Dez. 1855 mit Belgien (*Ullmer*, II, Nr. 1217), am 2./7. Juni 1856 mit Italien (*Ullmer*, II, Nr. 1218), namens einiger Kantone am 30. Okt./2. Nov. 1857 mit Österreich (*Ullmer*, II, Nr. 1219;

[1]) Vgl. *Ullmer*, I, Nr. 607.

B. Bl. 1858, I, 241); namens der meisten Kantone am 20./24. Okt. 1860 mit Württemberg (*Ullmer,* II, Nr. 1220; A. S. VI, 611), am 7./13. Januar 1862 mit Preussen (*Ullmer,* II, Nr. 1221; A. S. VII, 114, 116, 182) und am 28. Juli/1. Sept. 1862 mit Bayern (*Ullmer,* II, Nr. 1222; A. S. VII, 344; VIII, 202). Während der B. R. in neuerer Zeit in verschiedenen speziellen oder allgemeineren Verträgen des Bundes allein mit verschiedenen fremden Staaten, namentlich Italien, Belgien, Österreich-Ungarn und Deutschland, die unentgeltliche Verpflegung der gegenseitigen Angehörigen vereinbarte (vgl. *Salis,* IV, Nr. 1989), glaubte er i. J. 1874 ein ähnliches Angebot Russlands auf Abschluss eines besonderen Vertrages ablehnen zu müssen, weil er nicht kompetent sei, namens des Bundes einen Vertrag über Armenunterstützung abzuschliessen (*Salis,* IV, Nr. 1989 i. f.; B. Bl. 1075, II, 3).

Namens sämtlicher Kantone wurde i. J. 1856 eine Vereinbarung getroffen betr. *Transport von Leichen,* in Kraft seit dem 1. Januar 1857 (*Ullmer,* II, Nr. 1224).

Infolge Ermächtigung sämtlicher Stände wechselte der B. R. mit der Regierung von Italien am 11. Aug. 1862 eine Erklärung aus betr. Gleichstellung der beidseitigen Staatsangehörigen in bezug auf Erbschaftssteuern (*Ullmer,* II, Nr. 1195; A. S. VII, 376).

Eine ganze Anzahl von Staatsverträgen wurden durch verschiedene Kantone mit dem Ausland geschlossen betr. Befreiung der *Handelsreisenden* von *Patentgebühren* (vgl. Ullmer, I, Nr. 605, Ziffer 7; II, Nr. 1205, 1206; A. S. VII, 305) und über die Befreiung vom Militärdienst und den Militärsteuern (vgl. *Ullmer,* I, Nr. 605, Ziffer 8; II, Nr. 1207, 1208); während der Bund von sich aus über *Abschiebung und Durchtransport fremder Vaganten* i. J. 1859 mit Sardinien einen modus vivendi übereinkam (*Ullmer,* I, Nr. 605 i. f., lit. *i*; B. Bl. 1859, I, 394; vgl. 1852, I, 389).

Endlich seien noch zwei besondere Kategorien von Verträgen erwähnt: diejenigen über **kirchliche Verhältnisse** und diejenigen über Grenzregulierungen.

I. Am 22. Juli 1859 erliess die B. Vers. folgenden Bundesbeschluss:

1. «Jede auswärtige Episkopaljurisdiktion auf Schweizergebiet ist aufgehoben.

2. Der B. R. ist mit den Verhandlungen beauftragt, welche bezüglich des künftigen Bistumverbandes der betreffenden schweizerischen Gebietsteile, sowie für die Vereinigung der Temporalien erforderlich sind. Die in beiden Richtungen abzuschliessenden Übereinkünfte sind der Ratifikation der B. Vers. zu unterstellen» (A. S. VI, 301).

Obschon die Bestimmung des Art. 50, Abs. 4, der B. V. damals noch nicht bestand, beanspruchte doch die B. Vers. für den Bund das Recht, bei der Errichtung eines neuen Bistums oder bei neuer Zirkumskription bestehender mitzusprechen, da es sich dabei um Interessen handle, die nicht nur die betreffenden Kantone, sondern auch die Eidgenossenschaft berühren, und diese ein Abhängigkeitsverhältnis eines Teiles ihres Gebietes zu einer fremden Macht nicht fortbestehen lassen könne (B. Bl. 1859, II, 81). Die Minderheit der N. R. K. behauptete, die oberste Kirchenbehörde der Katholiken könne nicht als «auswärtiger Staat» oder

---

[1]) Dieser Ansicht sind auch *Gareis* u. *Zorn,* Staat und Kirche in der Schweiz 1877, I, 61-62, und *Streiff,* Die Religionsfreiheit und die Massnahmen der Kantone und des Bundes gemäss Art. 50, Abs. 2, der Schweiz. B. V., Zürich 1895, S. 44

«auswärtige Staatsregierung» i. S. von Art. 8 und 9 der B. V. angesehen werden (B. Bl. 1859, II, 294). Die B. Vers. war gegenteiliger Ansicht, und mit Recht; denn wenn auch die katholische Kirche nicht als ein Staat und der h. Stuhl nicht als eine Staatsregierung im Rechtssinne angesehen werden können, so sprechen doch überwiegende Gründe für die Ansicht der B. Vers. Dem Gegenstand nach gehören Konkordate allerdings in die Kompetenzsphäre der Kantone; das verhindert aber, wie schon ausgeführt, den Bund nicht, darüber Verträge mit dem Ausland abzuschliessen. Spricht man den Konkordaten den Charakter von Staatsverträgen i. S. des Art. 8 B. V. ab, so entzieht man sie *jeder* Kontrolle des Bundes; sie fallen auch nicht unter Art. 9 und 10 der B. V.; die Kantone sind also in diesem Verkehr freier als im Verkehr mit andern Kantonen, Art. 7.

Die Beziehungen der Kantone zur römischen Kurie sind aber von solchem Einfluss auf die Beziehungen der Kantone und der Konfessionen unter sich, wie die Entstehungsgeschichte der neuen Eidgenossenschaft zeigt, dass nicht anzunehmen ist, die Verfassung von 1848 habe gerade diese Verträge in das freie Ermessen der Kantone stellen wollen. Das Verhältnis der Kantone zur römischen Kirchenregierung berührt indirekt auch die äussere politische Stellung der Eidgenossenschaft, z. B. insofern als die kirchliche Territorialeinteilung der Schweiz Teile derselben von ihr ablösen und einem andern Staate annähern kann (vgl. B. Bl. 1859, II, 322).

In Ausführung des B. B. vom 22. Juli 1859 schloss der B. R. namens des Bundes mit dem h. Stuhl in der Tat zwei Verträge über die Ausscheidung der auf schweizerischem Gebiet liegenden Güter des Bistums Como, den einen am 30. Nov. 1862 (A. S. VII, 607), genehmigt durch die B. Vers., den andern am 20. Nov. 1867 (A. S. IX, 347), ohne besondere Genehmigung der B. Vers.[1]). Sodann am 23. Okt. 1869 einen Vertrag über die Einverleibung von Puschlav und Brüs in das Bistum Chur, den der B. R. am 29. Aug. 1870 (A. S. X, 289) ratifizierte, ohne ihn der B. Vers. unterbreitet zu haben, wegen seiner geringen Bedeutung. Inzwischen hatte der Kanton Bern am 11. Juni 1864 unter den Auspizien des B. R., d. h. nach Verhandlungen einer von einem Delegierten des B. R. präsidierten Konferenz, mit dem h. Stuhl eine Übereinkunft betr. die Einverleibung des alten Kantonsteils Bern in das Bistum Basel geschlossen, welche der Vertreter des Bundes mitunterzeichnete (A. S. VIII, 603). Am 1. Sept. 1884 schloss der B. R. wieder zwei Verträge betr. die Wiederbesetzung des bischöflichen Stuhls der Diözese Basel und die provisorische kirchliche Verwaltung des Kantons Tessin; der B. R. handelte sowohl im Namen des Bundes als der Diözesankantone des Bistums Basel, ausgenommen Bern, im einen und des Kantons Tessin im anderen Falle; der B. R. legte die Verträge der B. Vers. nicht zur Genehmigung vor, weil er sich namens des Bundes genügend bevollmächtigt erachtete durch den B. B. vom 22. Juli 1859. Am 16. März 1888 wurde endlich der definitive Vertrag geschlossen zwischen dem B. R., im Namen des Bundes[2]) und des Kantons Tessin, einerseits und dem h. Stuhl

[1]) Der Vertrag sagt: Der Schweizerische Bundesrat in *seinem eigenen Namen* (recte: im Namen des Bundes) und im Namen des Kantons Tessin.

[2]) Der B. R. legte ihn der B. Vers. nicht vor, weil er bloss zur Vervollständigung des ersteren diente.

anderseits; die Ratifikation erteilte der B. R. «im Namen der Schweizerischen Eidgenossenschaft»[1] (A. S. X, 731, 732). Der Vertrag überlässt es dem Kanton Tessin, sich mit den andern Diözesankantonen über seine Beteiligung an der Wahl des Bischofs zu verständigen; aus dem Kreisschreiben des B. R. vom 3. April 1888 (B. Bl. 1888, II, 150) ergibt sich, dass sich der B. R. hierfür nicht kompetent hielt. Der Vertrag behandelt auch nicht die Rechte des Kantons Tessin bei der Ernennung des apostolischen Administrators durch den h. Stuhl. Der B. R. erklärte am 26. Juni 1888 (*Salis,* III, S. 466) in der B. Vers. zu Protokoll, der Bund habe sich nur mit der Zahl, der Zirkumskription und der Teilung von schweizerischen Bistümern, die apostolischen Vikariate inbegriffen, zu beschäftigen; gegenüber einer Anregung im Ratifikationsbeschluss, die Zustimmung des Kantons Tessin zur Wahl des apostolischen Administrators vorzubehalten, bemerkt der B. R., in die Beziehungen der Kantone zu den Bistümern und speziell in ihre Rechte bei der Bischofswahl habe er sich nicht einzumischen; der Bund hätte das Plazetrecht nur im Auftrage des Kantons Tessin im Vertrage regeln können. Der B. R. erachtete übrigens, der Kanton habe dieses Recht schon kraft seiner Souveränität und bedürfe keiner vertraglichen Anerkennung desselben. — Die Minderheit der N. R. K. betonte diese Ansicht noch schärfer: der Bund dürfe nicht die innere kirchliche Organisation der Kantone bestimmen, auch nicht, indem er dem Kanton Tessin ein Präsentationsrecht aufdränge, das auch die Kantone Freiburg, Waadt, Neuenburg und Genf nicht besitzen und das weder das Bundesrecht noch das gemeine Recht postulieren. Den Kantonsregierungen stehe das unbestreitbare Recht zu, direkt zuständigen Ortes über die innere kirchliche Organisation des Kantons zu verhandeln unter der blossen Bedingung, die Verhandlungen von der B. Vers. genehmigen zu lassen, falls ein neues Bistum geschaffen würde. Im vorliegenden Falle habe der B. R. sowohl im Auftrage des Kantons Tessin als des Bundes gehandelt.

Die hier geäusserte Ansicht, der B. R. könne einem Kanton Präsentationsrechte u. dgl. nicht, ohne von ihm dazu beauftragt zu sein, ausbedingen, scheint auf zwei Erwägungen zu beruhen; auf der rechtlichen, dass es sich hier um ein Verhältnis handle, welches, wie die Kirchenverwaltung überhaupt, in die Kompetenzsphäre der Kantone gehöre, und auf der logischen, dass es nicht wohl angehe, jemand ein Recht zu erwirken, das er möglicherweise gar nicht beanspruche noch wünsche. Die erste Erwägung geht auf eine sachliche Beschränkung der Kompetenz des Bundes zur Schliessung von Staatsverträgen hinaus[2], entgegen der grundsätzlichen Ansicht des B. R. selbst; denn wenn der Bund kompetent ist, den Kantonen im Wege des Staatsvertrages Beschränkungen aufzuerlegen, so muss er um so mehr kompetent sein, ihnen Rechte zu verschaffen. Das zweite, allgemeinere Bedenken erledigt sich durch die weitere Erwägung, dass der Bund sehr wohl einem Kanton seitens eines fremden Staates oder staatsähnlichen Person ein Recht versprechen lassen kann, auch wenn der Kanton es nicht ver-

[1] Ein Vertrag sollte wenigstens namens der gleichen Personen ratifiziert werden, die im Texte selbst als Vertragsparteien angeführt sind.

[2] Die Kompetenz des Bundes bez. kirchlicher Verträge verneint ebenfalls *Fleiner,* Staat und Bischofswahl im Bistum Basel, 1897, S. 132.

langte und es später nicht ausübt. Die Verpflichtung der andern Vertragspartei besteht desungeachtet weiter, denn sie besteht dem Bunde gegenüber; ob es der Kanton ausüben solle oder nicht, ist eine andere Frage; möglicherweise kann der Bund dem Kanton eine Pflicht daraus machen, das Recht wirklich auszuüben, z. B. wenn es im Interesse der völkerrechtlichen Stellung der Schweiz liegt. Hat der Bund aber keinen Grund, den Kanton zur Ausübung des Rechts zu verpflichten, so hat er allerdings auch keine Veranlassung und keinen vernünftigen Grund, es von sich aus für den Kanton auszubedingen; die Kompetenz dazu hat er aber in jedem Fall.

II. Die **Grenzregulierungsverträge** wurden schon vor 1848 nur mit Einwilligung der Bundesbehörde geschlossen. Die Tagsatzung stellte am 9. Juli 1819 folgendes *Regulative für die Eidgenössischen Territorial-Unterhandlungen mit Fremden Mächten* auf (Offiz. Sammlg., I, 227): 1. «So wie die Eidgenössische Tagsatzung sich mit keinem Antrag wegen Austauschung oder Abtretung von Eidgenössischem Boden anders als nach erfolgter Einwilligung und auf ausdrückliches Begehren der betreffenden Stände selbst befassen kann, so sind die hohen Stände hinwieder verpflichtet, Sich niemals mit auswärtigen Staaten in Territorialunterhandlungen einzulassen, ohne vorher darüber einen Bericht an die Tagsatzung erstattet und Ihre förmliche Einwilligung dazu erhalten zu haben. Ferner soll bey jeder solcher Unterhandlung Eidgenössische Mitwirkung Platz finden und die Tagsatzung das dasherige Verfahren vorschreiben.» 2. «Für solche Verträge ist auch immer die Ratifikation der Tagsatzung nothwendig, welche nur in Folge bestimmter Instruktionen der L. Stände erteilt werden kann.»

Dieses Verfahren wurde denn auch befolgt; vgl. z. B. Offiz. Sammlg., Bd. III, S. 223 (Baden und Thurgau), S. 435 (Genf und Frankreich), S. 457 (Neuenburg und Frankreich), S. 482 (Solothurn und Frankreich), S. 507 (Bern und Frankreich), S. 527 (Basel und Frankreich) u. a.

Seit 1848 wurden die Grenzregulierungsverträge mit dem Ausland ausnahmslos durch den Bund allein geschlossen; dagegen nahm mitunter ein Vertreter des beteiligten Kantons an den Verhandlungen teil. Bei der Grenzregulierung mit Österreich bei Münster war der Kanton Graubünden durch einen Delegierten seiner Regierung bei der Festsetzung des Grenzregulierungsprotokolls vom 13. Sept. 1859 vertreten. Die Ratifikation erfolgte durch den B. R. bloss namens der Schweiz. Eidgenossenschaft (A. S., VI, 508, 509, 513). Wenn man den Vertrag, wie es richtig ist, namens des Bundes allein abschliessen wollte, durfte bei den Verhandlungen auch nicht ein Bevollmächtigter des Kantons Graubünden erscheinen; der B. R. kann wohl Vertreter des beteiligten Kantons zu den Verhandlungen beiziehen, in der Kommission, gegenüber dem fremden Staate, sollten sie aber als Vertreter des Bundesrates und nicht der Kantonsregierung auftreten, denn es hat keinen Sinn, die Verhandlungen namens eines Staates zu führen, der nicht Vertragspartei ist. — Auf die gleiche nicht ganz korrekte Weise wurde verfahren bei der Übereinkunft mit Italien betr. die Grenzregulierung bei Tirano vom 27. Aug. 1863; die Übereinkunft wurde durch eine internationale Kommission festgesetzt, in der auch der Kanton Graubünden vertreten war; ratifiziert wurde sie aber durch den B. R. namens des Bundes allein (A. S., VII, 174, 430; XI, 527). Richtig wurde dagegen verfahren beim Grenzregulierungsvertrag

zwischen der Schweiz und dem Grossherzogtum Baden vom 20. Christmonat 1854 (A. S., V, 69, 71); bei der Grenzregulierung mit Italien durch Übereinkunft vom 5. Weinmonat 1861 (A. S. VII, 210, 230), wo der als Vertreter des Kantons Tessin beigezogene Kommissär als Bevollmächtigter des B. R. auftrat; bei der Grenzregulierung mit Österreich vom 14. Heumonat 1868 (A. S. IX, 570); bei derjenigen mit dem Grossherzogtum Baden (bei Konstanz) vom 24. Juni 1879 (A. S., IV, 281, 282, 285, 289) und endlich beim Schiedsgerichtsvertrag vom 31. Dez. 1893 mit Italien betr. die Alp Cravairola (A. S. XI, 539, 538; N. F., I, 222). Die neueste Übereinkunft betr. die Grenzbereinigung mit Frankreich zwischen dem Mont Dolent und dem Genfersee vom 10. Juni 1891 (A. S., XIX, 439) wurde in gleicher Weise geschlossen und ratifiziert. — Die Wiederherstellung von Grenzsteinen erfolgt in der Regel durch Abgeordnete des B. R. allein und der auswärtigen Regierung (vgl. die Gesch. Berichte des polit. Depts.).

Überblicken wir die Praxis der Bundesbehörden in der Abschliessung von Staatsverträgen, so zeigt sich, dass der Bund mit zunehmender Bestimmtheit die Kompetenz für sich in Anspruch genommen hat, auf allen Gebieten der Rechtsordnung Verträge mit auswärtigen Staaten abzuschliessen. Diese Regel kann als grundsätzlich anerkannt gelten [1], wenn sie auch nicht immer konsequent durchgeführt wurde. Bezieht sich nun Art. 8 auf alle Staatsverträge, mit Ausnahme der in Art. 9 erwähnten, so sind die Kantone gar nicht mehr kompetent bezüglich ihrer aller; denn Art. 8 sagt unmissverständlich: «Dem Bunde *allein* steht das Recht zu, ...» Damit stimmt aber die Praxis wiederum nicht überein; abgesehen von den bereits oben erwähnten Fällen bestehen zwischen einzelnen Kantonen und auswärtigen Staaten noch eine Anzahl Verträge: Zwischen dem Kanton Waadt und Österreich-Ungarn besteht ein Vertrag vom 16. Febr./7. März 1885 betr. Vollziehung von Zivilurteilen (A. S., VIII, 83); zwischen dem Kanton Aargau und dem Grossherzogtum Baden ein Vertrag vom 24. Mai 1867 (A. S. IX, 185) betr. den gleichen Gegenstand, sowie die Vollziehung von Rogatorien; zwischen dem Kanton Waadt und Grossbritannien ein Vertrag über die Befreiung der im Gebiet des einen Staates verstorbenen Angehörigen des anderen von der Erbschaftssteuern, vom 27. Aug. 1872 (A. S. X, 1011); eine Übereinkunft zwischen dem Kanton Thurgau und dem Grossherzogtum Baden betreffend die Erlassung einer Vogeljagdordnung für den Untersee und Rhein, vom B. R. genehmigt den 11. Januar 1898 (Zeitschr. f. schweiz. Recht, XVIII, 1899, 446). Der Vertrag zwischen dem Kanton Genf und Frankreich betr. den Schutz des literarischen und künstlerischen Eigentums vom 23. Nov. 1857 (A. S. VI, 86) ist wohl heute aufgehoben.

B. Befugnisse der Kantone. Art. 9.

Die Beschränkung des Vertragsrechts der Kantone, wie sie sich dem Gegenstande nach aus Art. 8 und 9 [2], dem Verfahren nach aus Art. 10 B. V. ergibt, beruht auf dem Gedanken, die Kantone sollen nicht von sich aus Verpflichtungen gegenüber dem Auslande eingehen, die ihnen und der ganzen Schweiz Schwierigkeiten bereiten könnten; denn jeder Ver-

[1] In diesem Sinne spricht sich auch das B. Ger. aus: IX, 178.

[2] *Bertoni* u. *Olivetti*, I, 121, behaupten unrichtigerweise, Art. 9 habe nur noch historische Bedeutung.

trag birgt mehr oder weniger die Gefahr internationaler Konflikte. Wenn der Kanton seine Vertragspflichten nicht erfüllt, so hat der Bund dem auswärtigen Staate Rede und Antwort zu stehen; wenn der fremde Staat Zwang gegen den Kanton anwendet, so hat der Bund für den Kanton einzustehen und die Angriffe auf einen Teil des schweizerischen Gebietes zurückzuweisen. Infolge dieses staatsrechtlichen Verhältnisses zwischen Bund und Kantonen ist der Bund stets mit verantwortlich für die Erfüllung der internationalen Vertragspflichten der Kantone. Diese Erwägung verlangt nun nicht, dass der Bund allein das Vertragsrecht habe; es genügt, dass die Kantone nur mit Zustimmung des B. R. Verträge eingehen können und dass der B. R. die Kantone in den Verhandlungen über den Abschluss und die Ausführung des Vertrages vertrete (Art. 10). Dann hat er es in der Hand, zu verhindern, dass nachteilige und unbedachte Verpflichtungen eingegangen werden, und er kann die Interessen und die Würde der Schweiz wahren, wenn es sich um die Erfüllung des Vertrages handelt. Die Aufgabe des Bundes, die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen zu wahren (Art. 102, Ziffer 8 B. V.), ergibt daher, dass der B. R. darüber muss entscheiden können, ob der vom Kanton gewünschte Vertrag nicht den allgemeinen Interessen der Schweiz oder den Rechten anderer Kantone widerspricht, ob er opportun ist; er muss sich im Falle der Inopportunität dem Abschluss widersetzen können, z. B. weil der von einem Kanton geschlossene Vertrag das spätere Zustandekommen eines Vertrages für die ganze Eidgenossenschaft erschweren würde [1]. Er muss aber auch das Recht haben, mitzusprechen, nachdem der Vertrag geschlossen ist; er muss vom auswärtigen Staate wie auch vom vertragschliessenden Kantone die Erfüllung nach eigener Auslegung verlangen können, auch gegen den Willen des Kantons, je nachdem die völkerrechtlichen Interessen und die Würde der Schweiz das eine oder das andere fordern, während er sonst nur Vertreter des vertragschliessenden Kantons sein wird. Mit dieser Beschränkung aber können die Kantone über alle Gegenstände, die im Bereiche ihrer inneren Kompetenz liegen, mit dem Ausland Verträge eingehen; nicht nur über einen beschränkten Kreis untergeordneter Gegenstände, wie es Art. 9 zu sagen scheint. Diese weitere Auslegung, wonach sich die *ausschliessliche* Kompetenz des Bundes nicht auf diejenigen Materien bezieht, welche in die Gesetzgebungssphäre der Kantone fallen, bietet den bis jetzt wenig ausgenützten praktischen Vorteil, den einzelnen Kantonen zu gestatten, über kantonalrechtliche Materien Verträge abzuschliessen, solange ein Vertrag nicht namens der Eidgenossenschaft abgeschlossen wird [2]. Der Bund könnte ja allerdings als Vertrags-

---

[1]) Den 4. Februar 1903 ersuchte die Regierung des Kantons Genf den B. R., die französischen Behörden auf diplomatischem Wege baldmöglichst in Kenntnis zu setzen, dass sie bereit sei, sich am Bau einer Zufahrtslinie zum Simplon durch die Faucille mit einer Summe von 25 Millionen zu beteiligen. Der B. R. lehnte es ab, diese Offerte der französischen Regierung zu übermachen, solange die Frage der Konzessionierung der projektierten Bahn über Frasne-Vallorbe nicht erledigt sei. B. Bl 1903, I, 1085.

[2]) Dem Vorteil entspricht allerdings der Nachteil, dass die von den Kantonen übernommenen Vertragspflichten mit der Bundesgesetzgebung in Widerspruch geraten können, wenn diese sich auf weitere Gebiete ausdehnt. Geschieht dies infolge einer Verfassungsrevision, so bleiben die Vertragspflichten des Kantons bestehen, sie gehen aber auf den Bund über, als auf seinen Teilrechtsnachfolger. *Laband*, II, 157, nimmt an, diese Vertragspflichten gehen ohne weiteres unter, weil der Vertragsgegner die Eventualität der Kompetenzverschiebung kennen musste; allein in diesem Fall könnte er mit voller

partei einen nur für das Gebiet eines Kantons gültigen Vertrag eingehen; es wäre dies weder völkerrechtlich unmöglich noch staatsrechtlich unzulässig; aber schwerlich würde sich ein auswärtiger Staat dazu bereit finden. Viel natürlicher unter solchen Umständen ist es, dass der Kanton selber den Vertrag schliesse.

Die unbeschränkte Kompetenz des Bundes, Verträge einzugehen, wie sie sich in der Praxis immer bestimmter behauptet hat, entspricht dem Bedürfnis des Landes, auch in denjenigen Gebieten nach aussen als Einheit aufzutreten, in denen die innere Gesetzgebung Sache der Kantone geblieben ist, wie es der B. R. in seiner zitierten Botschaft vom 15. Juli 1864 richtig ausführte.

Die Befugnis, Verträge mit dem Ausland abzuschliessen, gibt aber dem Bunde nicht folgeweise noch das Recht, die nötigen Ausführungsbestimmungen im Innern zu erlassen, sonst hätte die Kompetenz des Bundes keine Grenzen mehr. Sind solche im Vertrag vorgesehen, z. B. Strafbestimmungen, so ist es verfassungsrechtlich Sache der Kantone, sie aufzustellen, wenn sie einen Gegenstand des kantonalen Kompetenzkreises betreffen. Der Bund darf sich nicht auf kantonalem Gebiet selber Gesetzgebungs- oder Verordnungsgewalt anmassen; er kann bloss von den Kantonen verlangen, dass sie die nötigen Vorschriften erlassen. Der B. R. war daher weder zur Vollziehungsverordnung zum Internationalen Reblausvertrag vom 29. Januar 1886 (A. S., IX, 3), noch, streng genommen, zur Flossordnung für den Rhein vom 18. Sept. 1880 (A. S., V, 195) kompetent.

Das Verhältnis von Bund und Kantonen ist somit folgendes: Der Bund kann über jeden Gegenstand im eigenen Namen internationale Verträge abschliessen, auch über Gegenstände, deren innerstaatliche Regelung den Kantonen zufällt; schliesst er aber über einen kantonalrechtlichen Gegenstand keinen Vertrag, so kann jeder Kanton es tun, sofern er damit weder die völkerrechtlichen Interessen der Schweiz noch die Rechte anderer Kantone verletzt, worüber der B. R. entscheidet.

Ist diese Auslegung richtig, so hat es hier kein grosses praktisches Interesse, die Begriffe der «Staatswirtschaft», des «nachbarlichen Verkehrs» und der «Polizei» genau zu definieren. Es ist dies um so weniger der Fall, als der Bund sich ebenfalls als kompetent erachtet, auch über Gegenstände, die offenbar zu diesen Kategorien gehören, Verträge zu schliessen[1]). Es sei z. B. verwiesen:

Auf den Vertrag vom 30. Juni 1864, erneuert den 23. Febr. 1882, mit Frankreich über *nachbarliche Verhältnisse* und Beaufsichtigung der *Grenzwaldungen* in zoll- und forstpolizeilicher Hinsicht und die Rechtshülfe in letzterer Beziehung (Art. 7 ff.), der für die Kantone die Verpflichtung zur Abänderung ihrer Gesetzgebung wo nötig statuiert (A. S., VIII, 174, 430; N. F., VI, 468; X, 218);

Auf die zahlreichen, auch älteren Verträge über die *Grenzpraxis der Medizinalpersonen* (vgl. z. B. A. S., X, 1069);

Auf die *Eisenbahnverträge*, namentlich die vor dem Bundesgetz vom 23. Dez. 1872 geschlossenen, die allerdings bald namens des Bundes, bald

Sicherheit gar keinen Vertrag mehr schliessen, weder mit den Gliedstaaten noch mit dem Gesamtstaat.

[1]) Entgegen einer Äusserung des B. R.: B. Bl. 1864, II, 256.

namens des Bundes und der beteiligten Kantone und bald durch den Kanton selbst unter Genehmigung des Bundes geschlossen wurden: Vertrag zwischen der Schweiz. Eidgenossenschaft und Baden vom 27. Juli und 11. Aug. 1852 betr. die Weiterführung der badischen Eisenbahnen über schweizerisches Gebiet, genehmigt bloss durch die B. Vers. und ratifiziert namens der schweiz. Eidg. durch den B. R. (A. S., III, 438); der Vertrag vom 30. Christmonat 1858 betr. die Weiterführung der grossh. badischen Staatseisenbahn durch den Kanton Schaffhausen wurde dagegen namens der Schweiz. Eidgenossenschaft, bezw. des Kantons Schaffhausen geschlossen und sowohl durch die B. Vers. als durch den Grossen Rat des Kantons Schaffhausen genehmigt (A. S., VI, 204); über die Erstellung der Wiesentalbahn wurde der Vertrag (vom 26. Brachmonat 1860) zwischen dem Kanton Baselstadt und dem Grossherzogtum Baden durch ihre eigenen Vertreter und ohne Vermittlung des B. R. geschlossen und vom B. R. genehmigt (A. S., VII, 81); desgleichen am 10. März 1870 ein Vertrag über die Erweiterung des badischen Hauptbahnhofs auf dem Gebiete des Kantons Baselstadt (A. S., X, 218); dies letztere Verfahren ist jedenfalls mit Art. 10 der B. V. nicht in Einklang zu bringen, da nicht mit einer untergeordneten Behörde, sondern mit der Regierung des fremden Staates selbst verhandelt wurde. Der Vertrag vom 10. Dez. 1873 betr. die Verbindung der thurgauischen Seetalbahn mit der grossherzoglich badischen Staatsbahn wurde wiederum vom Bund allein geschlossen (A. S., X, 427; vgl. 527), und desgleichen der Vertrag vom 24. Mai 1873 mit Baden betr. die Verbindung der beiderseitigen Eisenbahnen bei Singen und bei Konstanz (A. S., XI, 399).

Am 5. Augstmonat 1865 vereinbarten die Bevollmächtigten des Schweiz. B. R. namens der Schweiz. Eidgenossenschaft und des Kantons St. Gallen mit den Bevollmächtigten Österreichs und Bayerns einen Vertrag über die Herstellung der sogenannten Bodenseegürtelbahn, der vom B. R. nach erfolgter Genehmigung durch die B. Vers. ratifiziert wurde (A. S., VIII, 664, 675); als er am 27. Aug. 1870 revidiert wurde, ernannte der B. R. seinen Bevollmächtigten nicht mehr zugleich namens des Kantons St. Gallen und ratifizierte den Vertrag gleich wie das erste Mal (A. S., X, 380, 392). Der Gotthardvertrag zwischen der Schweiz und Italien vom 15. Okt. 1869 (A. S., X, 555, 230) wurde durch den Bund allein geschlossen; desgleichen die Übereinkunft vom 28. Okt. 1891 betr. den Beitritt des Deutschen Reichs (A. S., X, 583) und der Vertrag vom 23. Dez. 1893 betr. die Verbindung der Gotthardbahn mit den italienischen Bahnen bei Chiasso und Pino (A. S., XI, 478). — Dass seit dem Inkrafttreten des Eisenbahngesetzes vom 23. Christmonat 1872 die Eisenbahnverträge durch den Bund allein abgeschlossen worden sind, ist natürlich. — Die Verträge über die *Zollabfertigung* an den Grenzstationen wurden von jeher vom Bunde allein abgeschlossen.

Was die *Schiffahrt* auf Grenzgewässern betrifft, so wurde eine zwischen den Bevollmächtigten des Schweiz. B. R. und der Grossherz. Badischen Regierung am 10. Mai 1879 vereinbarte Übereinkunft betr. den Wasserverkehr auf dem Rhein von Neuhausen bis unterhalb Basel sowohl von den Kantonen als vom Bund[1]) ratifiziert (*Salis*, II, Nr. 419; A. S., IV, 394), während der Vertrag vom 2. Sept. 1867 mit den gleichen Staaten betr. die Schiffahrts- und Hafenordnung für den Untersee und

[1]) In Anwendung von Art. 8 der B. V.

den Rhein zwischen Konstanz und Schaffhausen (A. S., IX, 283) nur vom Bund ratifiziert worden war und auch die Revision des Vertrages 1893 (A. S., XIV, 35) und 1899 (A. S., XVII, 793) nur im Namen des Bundes vorgenommen wurde. Am 18. Sept. 1880 erliess der B. R. im Benehmen mit dem grossherzoglich badischen Handelsministerium und nach Einverständnis mit den Kantonen Zürich, Aargau, Baselstadt und Baselland eine Flossordnung für den schweizerisch-badischen Rhein, in Ausführung des Vertrages vom 10. Mai 1879 (A. S., V, 195). Der Vertrag zwischen der Schweiz und Frankreich vom 9. Juli 1887 betr. die Schiffahrt auf dem Genfersee wurde vereinbart für die Schweiz. Eidgenossenschaft sowohl in ihrem Namen als in demjenigen der Uferkantone Waadt, Wallis und Genf, ratifiziert dagegen durch den B. R. einfach im Namen der Schweiz. Eidgenossenschaft ohne Genehmigung der B. Vers. (A. S., X, 171, 216, 217). Der von der Schweiz mit den andern Uferstaaten am 22. Sept. 1867 geschlossene Vertrag betr. die Schiffahrt auf dem Bodensee (A. S., IX, 240) wurde vom Bund allein ratifiziert; desgleichen die Revision dieses Vertrages vom 6. Mai 1892 (A. S., XIII, 278), vom 27. Nov. 1893 (ibid., 745) und vom 30. Juni 1894 (XIV, 742).

Art. 30 des B. Ges. vom 21. Dez. 1888 (A. S., XI, 62) betr. *Fischerei* entsprechend dem Art. 15 des Gesetzes vom 18. Sept. 1875, gibt dem B. R. die Generalvollmacht, Fischereiverträge unter möglichster Befolgung der Grundsätze des Gesetzes abzuschliessen; die Fischereipolizei ist allerdings zum Teil Gegenstand der Bundesgesetzgebung. Schon vorher wurde auch der Fischereivertrag mit Baden vom 25. März 1875 ohne Mitwirkung der Kantone (und der B. Vers.) durch den B. R. abgeschlossen (A. S., I, 812); er wurde in gleicher Form auf Elsass-Lothringen ausgedehnt (A. S., III, 210; VII, 788; X, 366). Auf die gleiche Weise kamen die anderen Verträge zu stande: Mit Deutschland und den Niederlanden am 30. Juni 1885 (IX, 99); mit Frankreich durch Vertrag vom 28. Dez. 1880 (A. S., VI, 640) und Erklärungen vom 14. April 1888 (A. S., X, 739) und 12. März 1891 (A. S., XII, 52), sowie Vertrag vom 30. Juli 1891 (A. S., XIII, 220) betr. Verfolgung von Fischereidelikten; mit Italien durch Vertrag vom 8. Nov. 1882 (A. S., VII, 114) und Zusatzvertrag vom 8. Juli 1898 (A. S., XVII, 29); mit den Bodenseestaaten durch Vertrag vom 5. Juli 1893 (A. S., XIV, 78); mit Baden durch Vertrag vom 3. Juli 1897 (A. S., XVI, 221).

Wie die Entstehungsgeschichte des Art. 9 ergibt, stammen die Ausdrücke: «Gegenstände der Staatswirtschaft (Ökonomie), des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei» aus einer Zeit, wo die Befugnis der Kantone, Verträge mit dem Ausland zu schliessen, die Regel, diejenige der Bundesbehörde die Ausnahme war. Im Jahre 1815 scheint man darunter irgend welche Verträge ohne politischen Inhalt verstanden zu haben (vgl. den Entwurf vom Febr. 1874, oben sub I); das scheint auch aus der *Organischen Vorschrift* betr. die Unterhandlungen einzelner Stände mit auswärtigen Mächten, vom 22. Juli 1819 (Offiz. Sammlg., I, 228), hervorzugehen: Art. 2. «Wenn aber die Stände (im Gegensatz von eigentlichen Traktaten und Verträgen) mit auswärtigen Staaten rein ökonomische Kontrakte, deren Gegenleistungen in Geld oder Geldeswert bestehen, abschliessen würden und von keiner Seite politische Verpflichtungen weder mittelbar noch unmittelbar damit verbunden sind, — so haben sie doch der nächstfolgenden Tagsatzung Anzeige da-

von zu machen , ...» Bei der Revision von 1848 machte man sich offenbar keine klare Vorstellung von diesen Begriffen, denn einerseits wurde ein Antrag, dem Bunde nur die Verträge politischen Inhalts vorzubehalten, abgelehnt, anderseits aber auch ein Antrag, ihm den Abschluss der Postverträge ausdrücklich zu gestatten. Das einzige Klare, das aus dieser Diskussion hervorgeht, ist, dass die Kantone keine politischen Verträge schliessen sollen und dass sie es überhaupt nur ausnahmsweise und über Gegenstände untergeordneter Wichtigkeit tun sollen. Ein zu grosses Gewicht darf man auf den Wortsinn der Bestimmung nicht legen[1]).

Das *Verfahren* ist in Art. 10 B.V. vorgeschrieben. Der B. R. ist aber nicht nur der unselbständige Vermittler der Vertragsverhandlungen der Kantone, er hat die Verträge auch namens des Bundes zu genehmigen. Diese Genehmigung als solche ist keine wesentliche Bedingung der völkerrechtlichen Gültigkeit des Vertrages, denn sie wird im Vertrage selbst nicht erwähnt; es ist nur die Kehrseite des Weigerungsrechts des Bundes, den Kanton beim Abschluss eines Vertrages zu vertreten (vgl. Art. 85, Ziff. 5). Wesentlich aber ist, dass der Kanton durch den Bund vertreten sei; zu selbständigem Handeln ist er unfähig; der Bund ist sein verfassungsmässiger Vertreter. Der fremde Staat, der mit dem Kantone direkt kontrahierte, würde ebensowenig ein gültiges Geschäft abschliessen wie derjenige, der mit einem Handlungsunfähigen selbst anstatt mit seinem gesetzlichen Vertreter verhandelt. Durch Verweigerung seiner Mitwirkung kann er somit auch das Zustandekommen eines von ihm missbilligten Vertrages verhindern.

Art. 10.

Der amtliche Verkehr zwischen Kantonen und auswärtigen Staatsregierungen, sowie ihren Stellvertretern, findet durch Vermittlung des Bundesrates statt.

Über die im Art. 9 bezeichneten Gegenstände können jedoch die Kantone mit den untergeordneten Behörden und Beamten eines auswärtigen Staates in unmittelbaren Verkehr treten.

I. Geschichte.

Während der *Bundesvertrag* von 1815, § VIII, die Kantone mit auswärtigen Staaten über alle Gegenstände, die nicht zur Kompetenz der Tagsatzung gehörten, frei verkehren liess, stellten die *Entwürfe von 1832 und 1833* übereinstimmend folgende Bestimmung auf:

---

[1]) *Schollenberger*, S. 154, legt zu viel Gewicht darauf, kommt aber schliesslich auf einem etwas gewundenen Wege zum gleichen Resultat.

Art. 13. «Sind Kantone im Fall, über eigentümliche Verhältnisse, inner den Schranken des vorhergehenden Artikels, mit dem Ausland Unterhandlungen zu pflegen, so können sie hierfür die Dazwischenkunft der Bundesbehörde nachsuchen»,

womit den Kantonen nur eine Befugnis erteilt und keine Pflicht auferlegt war, wie aus Art. 76, lit. *d*, des Entw. von 1833 (= Art. 81, lit. *d*, des Entw. von 1832) hervorgeht:

«Er (der Bundesrat) pflegt Unterhandlungen für einzelne Kantone, wenn sie solches wünschen (Art. 13.).»

Die Revisionskommission von 1848 schlug eine mit der heutigen wesentlich übereinstimmende Fassung vor; im 1. Absatz fehlten nur die Worte: «sowie ihren Vertretern», die auf Antrag Berns aufgenommen wurden, und im 2. standen statt: «in unmittelbaren Verkehr» die Worte: «direkte in Korrespondenz». Die heutige Fassung wurde von der Tagsatzung in erster Beratung angenommen[1]).

II. Auslegung.

Der dem Art. 10 zu Grunde liegende politische Gedanke ist der gleiche, wie der des Art. 8: Wie die Kantone politische Verpflichtungen gegenüber dem Ausland überhaupt nicht, und andere Verpflichtungen nur mit Zustimmung des Bundes, übernehmen sollen, so soll der Bund alle Verhandlungen über Eingehung oder Erfüllung von Vertragspflichten der Kantone mit auswärtigen Staaten führen. Der auswärtige Staat soll sich an den Bund wenden behufs Erfüllung der vertraglichen Pflichten der Kantone; dem Bunde ist es übergeben, die Rechte und Interessen der Kantone gegenüber ausländischen Staaten zu vertreten. Die Kantone haben weder direkte Mitteilungen der auswärtigen Regierungen entgegenzunehmen und zu beantworten, noch selber Mitteilungen an auswärtige Regierungen zu machen (vgl. Kreisschreiben des B. R. vom 22. Jänner 1849; B. Bl. 1849, I, 297; *Ullmer,* I, Nr. 42). Deshalb sind die diplomatischen Vertreter auswärtiger Staaten beim B. R. allein akkreditiert, wie auch der B. R. allein ihren Konsuln das Exequatur erteilt.

Mit fremden Regierungen sollen die Kantone überhaupt nicht in Verkehr treten; dagegen ist es ihnen gestattet, mit untergeordneten Behörden und Beamten in unmittelbaren Verkehr zu treten über Gegenstände der Staatswirtschaft, des nachbarlichen Verkehrs und der Polizei (Art. 9). Welches diese Gegenstände sind, ist bei Art. 9 erörtert worden. Unter *untergeordneten Behörden und Beamten* sind m. E. nicht nur Behörden und Beamte von Kommunalverbänden zu verstehen, sondern auch solche, die im staatlichen Verwaltungsorganismus, im Dienste des Staates stehen. Anderseits ist aber nicht jeder unter der Regierung selbst (d. h. dem Staatsoberhaupt) stehende, mit übertragener Kompetenz ausgerüstete Beamte, wie ein Staatssekretär oder Ministerialbeamter, als untergeordneter Beamter anzusehen. M. E. ist eine untergeordnete Behörde oder ein untergeordneter Beamter i. S. der B. V. nur eine mit lokal beschränkter Kompetenz ausgerüstete Behörde, nicht aber eine der Zentralverwaltung angehörende Behörde. Da indessen die Worte: untergeordnete Behörden und Beamte, im 2. Absatz des Art. 10, der

[1]) Prot. der Kommission, S. 15, 150, 162; Absch. 1847, IV, 58 ff.

Staats*regierung* gegenübergestellt sind, so wird anzunehmen sein, dass Gerichtsbehörden nicht unter jenen Begriff fallen, und dass die Kantone auch mit den obersten Gerichtsbehörden direkt verkehren können. Um so mehr ist es ihnen gestattet, mit unteren Gerichtsbehörden in direkten Verkehr zu treten.

Es bedurfte in den ersten Jahren nach Inkrafttreten der B. V. von 1848 einiger Ermahnungen seitens der Bundesbehörde, um die Kantone zur Befolgung der neuen Grundsätze zu bringen (vgl. *Ullmer*, I, Nr. 29, Ziffer 10; Nr. 673; II, Nr. 723—729).

Handelt es sich darum, zwischen einem Kanton und einem fremden Staate einen Vertrag abzuschliessen, so ist das korrekte Verfahren folgendes: Der B. R. ist von Verfassungs wegen der Vertreter des Kantons gegenüber dem fremden Staate, und sein Bevollmächtigter vertritt daher ohne weiteres den vertragsschliessenden Kanton. Der B. R. hat aber in den Verhandlungen den Willen des Kantons zum Ausdruck zu bringen und gemäss den Instruktionen des Kantons zu handeln; daher ist es am einfachsten, wenn der B. R. eine ihm vom Kanton als mit seinen Intentionen vertraute Person zu seinem Bevollmächtigten macht. In jedem Fall wird die Ratifikation des Kantons vorzubehalten sein, die wiederum, nach Genehmigung des Vertrages durch die zuständige Kantonsbehörde, gegenüber dem auswärtigen Staat durch den B. R. erklärt wird. Beim Vertrag zwischen Genf und Frankreich vom 23. Nov. 1857 betr. literarisches Eigentum bestätigte der B. R. den vom Kanton ernannten Bevollmächtigten, der in den Verhandlungen zugleich als Vertreter des Kantons und des Bundes auftrat (A. S., VI, 86; *Ullmer*, I, Nr. 41), während die übrigen, bei Art. *8* und *9* zitierten Verträge korrekt bloss durch einen Bevollmächtigten des B. R. namens des Kantons abgeschlossen wurden.

Der B. R. vertritt auch die Kantone, wenn es sich um Erledigung konkreter Geschäfte handelt, — die in der Regel nicht durch besondere Bevollmächtigte, sondern durch die ständigen Organe des Bundes behandelt werden. Theoretisch ist ein Unterschied zu machen, je nachdem die Angelegenheit in das Anwendungsgebiet eines durch den Bund oder durch einen Kanton geschlossenen Vertrages oder allgemeiner Völkerrechtsnormen fällt. Im ersten Falle ist es vom internationalen Standpunkt stets eine Angelegenheit des Bundes, nicht des beteiligten Kantons, denn der Bund, der den Vertrag geschlossen, hat die daraus fliessenden Rechte geltend zu machen, in seinem Namen, wenn auch die Kantone allein berufen sind, davon Gebrauch zu machen; indem der Bund auf Ansuchen eines Kantons die Anwendung des Vertrages auf einen konkreten Fall verlangt, macht er im Verhältnis zum auswärtigen Staate sein eigenes Recht geltend; im Verhältnis zum interessierten Kanton ist er zu diesem Vorgehen verpflichtet, kraft seiner allgemeineren Pflicht, die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen zu wahren (Art. 102, Ziffer 8, B. V.). Im zweiten Fall handelt der Bund als Vertreter, allerdings nicht als unselbständiger Vertreter des Kantons, der den Vertrag geschlossen. Im dritten Fall wiederum aus eigenem Recht; denn wenn der Bund über eine Materie von sich aus Verträge schliessen kann, so muss er auch als Subjekt der Rechte angesehen werden, die der Schweiz kraft objektiven Völkerrechts in dieser Beziehung zustehen. — Praktisch hat aber diese Unterscheidung keine

grosse Bedeutung, denn der auswärtige Staat hat stets nur den B. R. vor sich; der B. R. allein handelt, und er ist in jedem Fall für das Verhalten der Kantone verantwortlich, seien nun die Kantone Vertragspartei oder nicht. Vgl. auch Art. 102, Ziffer 8.

Art. 11.

Es dürfen keine Militärkapitulationen abgeschlossen werden.

I. Geschichte.

Nachdem die *Mediationsverfassung* (Art. 32) der Tagsatzung allein die Befugnis gegeben hatte, Verkommnisse über den auswärtigen Dienst abzuschliessen, wovon sie Gebrauch machte, um mit Frankreich am 27. Sept. 1803 und mit Spanien am 4. Aug. 1804 Militärkapitulationen abzuschliessen, gab § VIII, Abs. 5, des *Bundesvertrages* von 1815 diese Befugnis wieder den Kantonen zurück.

Die *Entwürfe von 1832 und 1833* enthielten keine Bestimmung über Militärkapitulationen.

Die Revisionskommission von *1848* beschloss angesichts der verderblichen Folgen des fremden Dienstes: «Es dürfen keine Militärkapitulationen mit auswärtigen Staaten abgeschlossen werden», und zwar, wie in der zweiten Beratung erklärt wurde, in der Meinung, dass dies auch für den Bund zu gelten habe. In der Tagsatzung beantragte *Waadt*, die Militärkapitulationen dem Bunde nicht zu untersagen, und von anderer Seite wurde beantragt, sie auch den Kantonen zu erlauben, da sie ja von der Bundesbehörde genehmigt werden müssten. Dagegen wurde eingewendet, sie seien mit der Neutralität der Schweiz nicht vereinbar. Bündnisse seien etwas anderes, weil sie eine bestimmte politische Idee verfolgen und jederzeit aufgehoben werden können. Der Artikel wurde unter Weglassung der Worte: «mit auswärtigen Staaten» angenommen [1]). Der N. R. hatte im Jahre *1871* zuerst beigefügt: «und ebenso sind alle Werbungen verboten»; der St. R. sprach sich aber für die alte Fassung aus, nachdem der Berichterstatter der Kommission bemerkt hatte, die Kompetenz des Bundes sei in dieser Beziehung nie angezweifelt worden. Der N. R. verzichtete darauf auf seinen Beisatz [2]).

II. Auslegung.

Militärkapitulation ist der Vertrag eines Kantons oder des Bundes mit einem auswärtigen Staate, durch welchen der Kanton oder der Bund sich verpflichtet, auf seinem Gebiete den auswärtigen Staat eine bestimmte Anzahl von Soldaten werben zu lassen, der auswärtige Staat, den geworbenen Soldaten eine bestimmte Rechtsstellung betr. Sold, Pension, Verpflegung, Beförderung, Verwaltung, Justiz, Dienst etc. zu

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 62, 250.

[2]) Prot. des N. R., S. 62, 526; Prot. des St. R., 16. Januar 1872.

gewähren, früher auch, dem Vertragsgegner ein bestimmtes Jahrgeld als Gegenleistung zu zahlen. Als die erste formelle Kapitulation kann das Bündnis mit Frankreich vom 5. Mai 1521 betrachtet werden, obgleich schon die Bündnisse von 1474 und 1484 im Grunde nichts anderes waren [1]. Die ersten Mietstruppen, welche mit Einwilligung der Orte in fremden Dienst traten, waren die 6000 Mann Hülfstruppen, welche sie 1480 dem König von Frankreich sandten.

Die eine und unteilbare *helvetische Republik* schloss mit Frankreich ein Schutz- und Trutzbündnis am 19. Aug. 1798, dessen Befolgung sich Frankreich selber erzwang [2]. Unter der *Mediation* musste die Schweiz am 27. Sept. 1803 zugleich einen Defensiv-Allianzvertrag und eine Militärkapitulation von 16,000 Mann eingehen, eine Zahl, die durch die zweite Kapitulation vom 28. März 1812 auf 12,000 herabgesetzt wurde [3]. Ausserdem hatte die Schweiz nur noch mit Spanien, dem Verbündeten Frankreichs, eine Militärkapitulation von 5 Regimentern zu je 1909 Mann; mit anderen Staaten durfte die Schweiz, laut Art. 7 des Allianzvertrages, nur mit Zustimmung Frankreichs Militärkapitulationen abschliessen.

Als der *Bundesvertrag* vom 7. Aug. 1815 den Kantonen die Befugnis zurückgegeben hatte, Militärkapitulationen mit dem Ausland zu schliessen, dauerte es auch nicht lange, bis die meisten derselben (20) wieder mit Frankreich die altgewohnten Militärverpflichtungen eingegangen waren (Vertrag vom Jahre 1816) für 4 Linienregimenter und 2 Gardenregimenter. Schon im Jahre 1814 hatten andere Kantone mit dem König der Niederlande Kapitulationen für 4 Regimenter eingegangen; die in niederländischen Diensten stehenden Schweizertruppen wurden vom König 1823 abgedankt, die in französischen Diensten stehenden 1830 infolge der Julirevolution. Die in den Jahren 1830 und 1831 und den folgenden revidierten Kantonsverfassungen untersagten das Abschliessen neuer Militärverträge; so die Verfassungen von Zürich v. 20. März 1831, Art. 19, Abs. 2; von Bern v. 31. Juli 1831, § 28; von Luzern v. 5. Januar 1831, in derjenigen v. 1. Mai 1841 wieder aufgehoben; von Glarus v. 2. Okt. 1836, revidiert am 22. Mai 1842, § 14; von Baselstadt v. 3. Okt. 1833, § 12; von Basellandschaft v. 1. Aug. 1838, § 13; von Schaffhausen v. 24. Dez. 1834, § 11, Abs. 2; von St. Gallen v. 1. März 1831, Art. 30; von Aargau v. 6. März 1831 und v. 11. Januar 1841, § 7; von Thurgau v. 14. April 1831, revidiert am 17. Brachmonat 1837, § 19. Bei der Bundesverfassungsrevision von 1848 bestanden nur noch folgende Militärkapitulationen:

1. Eine am 25. Januar 1825 zwischen dem *Papst* Leo XII. und dem Stand Luzern «erneuerte Kapitulation für die päpstliche Schweizergarde in Rom», sowie die uneigentlichen Kapitulationen mit dem Grafen v. Salis-Zizers vom Jahre 1832, durch welche sich die Kantone Schwyz und Graubünden für eines, Wallis und Nidwalden für ein zweites Fremdenregiment des Papstes verpflichteten die Werbung zu gestatten;

---

[1] Vgl. *Bluntschli*, Geschichte des Schweiz. Bundesrechts, I, 266, 268; *Schweizer*, Geschichte der schweiz. Neutralität, S. 57 ff., 328; *Hans Weber*, Die Hülfsverpflichtungen der XXIII Orte, im Jahrbuch für schweiz. Geschichte, XVII, S. 146, 148 f., 150 ff.; *Blumer-Morel*, I, S. 253 ff.

[2] Vgl. *Kaiser* u. *Strickler*, I, S. 35; G. S. 37 ff.; *Hilty*, Vorlesungen über die Helvetik. S. 233, 290, 291. *Öchsli*, Geschichte der Schweiz im 19. Jahrh., I. 187, 220.

[3] Vgl. *Kaiser* u. *Strickler*, I, S. 132, 138, 144; G. *Vogt*, Zur Charakteristik der Schweiz Mediationsakte, S. 8, 14 ff. *Öchsli*, a. a. 475, 477, 526. Im Falle eines Angriffes auf das Territorialgebiet Frankreichs hatte dieses nach Art. 3 des Allianzvertrages noch weitere 8000 Mann zu fordern.

es waren das nicht ausschliesslich aus Schweizern bestehende und regelmässig kapitulierte Regimenter (die Verträge wurden nie der Tagsatzung unterbreitet).

2. Die Kapitulationen für 4 Regimenter in *neapolitanischen* Diensten, geschlossen in den Jahren 1825 bis 1828 auf 30 Jahre; das erste Regiment hatten Luzern, Uri, Unterwalden und Appenzell I.-Rh. kapituliert; das zweite Freiburg und Solothurn, das dritte Wallis, Schwyz und Graubünden, das vierte Bern allein [1]).

3. Neuenburg hatte mit *Preussen* am 20. Juli 1814 eine Kapitulation für ein Jägerbataillon der preussischen Garde abgeschlossen [2]).

Diese letztere Kapitulation fiel dahin mit der Proklamierung der Republik am 1. März 1848; die Kapitulationen mit dem Papste wurden durch die Aufrichtung der römischen Republik im Jahre 1848 ebenfalls aufgehoben [3]).

Das Verbot der Militärkapitulationen konnte bestehende Verträge nicht aufheben; es wollte sich nur auf die Zukunft beziehen, wie die Revisionskommission in ihrem Berichte ausdrücklich bemerkte [4]).

Im März 1849 stellte der Kanton Genf an die B. Vers. den Antrag, sie solle, gestützt auf den Art. 11 und 74, Ziffer 6 und 7, der B. V., die in Neapel stehenden Schweizertruppen zurückberufen, vom Könige die ihnen gebührende Entschädigung fordern und fernere Anwerbungen für den neapolitanischen Dienst verbieten. Der B. R. [5]) und der St. R. [6]) wollten auf diesen Antrag nicht eintreten, teils weil sie den Bund nicht für kompetent hielten, teils weil sie voraussahen, dass die Zurückberufung der Schweizer nur dann befolgt würde, wenn die Eidgenossenschaft die Zurückberufenen angemessen entschädige, was zu grosse finanzielle Opfer fordern würde. Die Minderheit der St. R. K. und des N. R. [7]) stellte sich auf den entgegengesetzten Standpunkt: wenn die Tagsatzung schon so ausgiebigen Gebrauch von § VIII des Bundesvertrages gemacht habe, müsse es auch unter der neuen B. V. der B. Vers. zustehen, zur Wahrung der äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft die bestehenden Kapitulationen aufzulösen; es sei dies zudem eine Forderung der Neutralität. Die Minderheit der St. R. K. beantragte, den B. R. zu beauftragen, sich mit den Kantonen, welche in Kapitulationen stehen, ins Einvernehmen zu setzen, neue Nachforschungen über die Entschädigungsfrage zu veranstalten und der B. Vers. einen Dekretsentwurf über Aufhebung der bestehenden Kapitulationen vorzulegen.

---

[1]) *Snell,* Handbuch des Schweiz. Staatsrechts, I, S. 540.

[2]) *Snell,* a. a. O., II, S. 760.

[3]) B. Bl. 1849, I, 477.

[4]) Vgl. Bericht von *Kern* u. *Druey,* Beilage zu den Abschieden 1847, IV, S. 17—18.

[5]) A. S., I, 432; B. Bl. 1849, I, Nr. 2, Beilage, S. 13.

[6]) Bd. II, 17 (Bericht der Kommissionsmehrheit); 27 (Bericht der Kommissionsminderheit im entgegengesetzten Sinn).

[7]) Die erste Minderheit des N. R. schloss sich dem Ständeratsbeschluss an auf Nichteintreten, B. Bl. 1849, II, 37; die zweite Minderheit verfocht die Kompetenz des Bundes u. a. aus dem Grunde, weil die Tagsatzung unter dem Bundesvertrage von 1815 über die Kantone und die kapitulierten Truppen eine Art höhere Werbepolizei ausgeübt habe, B. Bl., ibid., 47; die dritte Minderheit endlich wollte lediglich an den B. R. den Auftrag erneuern, den die Tagsatzung vom 30. Mai 1848 dem Vorort erteilt hatte, sich mit denjenigen Kantonen, welche die Kapitulationen mit Neapel abgeschlossen haben, ins Einverständnis zu setzen, um womöglich auf dem Wege der Unterhandlung eine Auflösung der bestehenden Kapitulationen zu erzielen (ibid., S. 77 ff.).

Nach längerer Verhandlung einigten sich die Räte am 20. Juni 1849 auf folgenden B. B.:

«Die Schweiz. B.Vers., in Betracht, dass das Fortbestehen der Militärkapitulationen mit den politischen Grundlagen der Schweiz als eines demokratischen Freistaates unverträglich ist, beschliesst:

1. Der B.R. wird eingeladen, beförderlich die geeigneten Unterhandlungen zu pflegen, um eine Auflösung der noch bestehenden Militärkapitulationen zu erzielen zu suchen und über die daherigen Ergebnisse Bericht und Anträge der B. Vers. vorzulegen.

2. Alle Anwerbungen für auswärtige Militärdienste sind im Gebiete der ganzen Eidgenossenschaft untersagt[1].»

Die neapolitanische Regierung wartete die Eröffnungen des B. R. nicht ab, um ihm mitzuteilen, dass sie in der Aufhebung der Verträge einen Rechtsbruch erblicken würde, dem sie mit Repressalien zu begegnen bereit sei. Der B. R. konnte nur gegen diese Beurteilung protestieren; von weiteren Verhandlungen war keine Rede mehr[2]. Er bestand aber trotzdem auf dem Verbot der Werbung[3].

Die neapolitanischen Schweizerregimenter wurden 1859, nach der bekannten Meuterei, aufgelöst; die Militärkapitulationen nahmen damit ihr Ende; wenn auch darauf wieder Schweizerregimenter gebildet wurden bis zur Einverleibung des Königreichs Neapel in dasjenige von Italien, so geschah es nicht mehr auf Grund von Kapitulationen; im Kirchenstaat wurden die schweizerischen Truppen teils 1861, teils 1870 entlassen.

Es ist heute allgemein anerkannt, dass das Abschliessen von Militärkapitulationen, die einem fremden Staate erteilte Erlaubnis, Soldaten zu werben, oder auch nur das Dulden des Werbens auf eigenem Gebiet mit der Neutralität nicht vereinbar ist[4]. Nicht sowohl aus dem meist angeführten Grunde, weil das Recht, Truppen auszuheben, ein Souveränitätsrecht ist, und der Staat, der einem andern Truppen zu werben

---

[1]) B. Bl. 1849, II, 80 ff., 101, 145 ff. Die Kompetenzfrage des Bundes ist wohl dahin zu beantworten: Nach Art. 11 der B.V., wie er bei seiner Annahme verstanden wurde, sollten bestehende Militärkapitulationen nicht ipso jure aufgehoben sein, anderseits aber sollte damit nicht gesagt sein, dass der Bund unter keinen Umständen die Verträge aufheben könne. Art. 74, Ziffer 6 B. V. gestattete sicher dem B. R. hier so gut wie in anderen Gebieten kantonaler Kompetenz, im Interesse der äusseren Sicherheit der Eidgenossenschaft und zur Wahrung ihrer völkerrechtlichen Stellung einzugreifen. Im Verhältnis zu den Kantonen war daher aus diesem Grund die Kompetenz des Bundes gegeben. Eine andere Frage ist aber, ob er gegenüber dem Königreiche Neapel befugt war, die Verträge aufzulösen oder deren Auflösung namens der Kantone zu verlangen. Die Kapitulationen hatten durch die Verfassungsvorschrift der Schweiz ihre Gültigkeit nicht verloren und konnten sie nicht verlieren. Ob sie vertragsgemäss oder nach allgemeinen Grundsätzen des Völkerrechts aufgelöst werden konnten, braucht hier nicht untersucht zu werden. Jedenfalls konnte sich der B. R. nicht einfach über die von den Kantonen eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen hinwegsetzen; er musste, wenn er die Auflösung der Verträge veranlasste, die völkerrechtliche Verantwortlichkeit dafür übernehmen. Seine Entschädigungspflicht an die entlassenen Schweizersoldaten konnte nur auf die Billigkeit begründet werden. (B. Bl. 1850, III, 505: Rechtspflicht!)

[2]) B. Bl. 1849, II, 167; 1850, III, 504.

[3]) B. Bl. 1849, II, 525. Über den weitern Erfolg dieses Verbots s. *Blumer-Morel*, I, S. 262.

[4]) *Geffcken*, in *Holtzendorffs* Handbuch, IV, S. 658 ff.; *Heffter-Geffcken*, S. 322, Note 6 (8. A.); *Rivier*, Principes du droit de gens, II, S. 386; *Martens*, Traité de droit international, III, p. 328; *Ullmann*, Völkerrecht, S. 352; *Hilty*, Die Neutralität der Schweiz in ihrer heutigen Auffassung, S. 67; die ältere Doktrin erblickte darin kein Heraustreten aus der Neutralität; vgl. *Vattel*, II, 446 (A. v. Pradier-Fodéré).

gestattet, ihm diese seine Souveränität wenigstens teil- und zeitweise abtritt[1]), sondern schon deshalb, weil der neutrale Staat einem der kriegführenden Staaten durch besondere Abmachung und ohne dazu durch die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts verpflichtet zu sein, gestattet, seine militärische Macht durch Heranziehung von Machtmitteln des neutralen Staates zu erhöhen. Dadurch tritt er aus der unparteiischen Haltung heraus, die den Neutralen zur Pflicht gemacht ist. Solange sich daher die Schweiz als dauernd neutraler Staat erkennt, ist es ihre völkerrechtliche Pflicht, auch in Friedenszeiten keine Militärkapitulationen abzuschliessen. Es bedarf übrigens dieses völkerrechtlichen Verbotes nicht, um sie davon abzuhalten; die Zeiten der Militärkapitulationen sind vorbei.

Art. 12.

Die Mitglieder der Bundesbehörden, die eidgenössischen Zivil- und Militärbeamten und die eidgenössischen Repräsentanten oder Kommissarien dürfen von auswärtigen Regierungen weder Pensionen oder Gehalte, noch Titel, Geschenke oder Orden annehmen.

Sind sie bereits im Besitze von Pensionen, Titeln oder Orden, so haben sie für ihre Amtsdauer auf den Genuss der Pensionen und das Tragen der Titel und Orden zu verzichten.

Untergeordneten Beamten und Angestellten kann jedoch vom Bundesrat der Fortbezug von Pensionen bewilligt werden.

Im schweizerischen Heer dürfen weder Orden getragen, noch von auswärtigen Regierungen verliehene Titel geltend gemacht werden.

Das Annehmen solcher Auszeichnungen ist allen Offizieren, Unteroffizieren und Soldaten untersagt.

I. Geschichte[2]).

Die kantonalen Verfassungen aus den Jahren 1830—1848 enthalten z. T. das Verbot der Annahme auswärtiger Stellen, Pensionen, Titel und Orden. *Bern*, Verfassung von 1831, § 10: « Kein Glied des Grossen Rates

---

[1]) Wie *Geffcken* a. a. O., *Schweizer*, Geschichte der Schweiz. Neutralität, S. 62, u. A. annehmen.

[2]) *Hilty*, Über die Entstehung der Art. XI und XII der schweiz. B. V., Polit. Jahrbuch 1902, XVI, 243 ff.

und kein Beamter des Staats darf von einer fremden Macht eine Pension, einen Titel oder einen Orden *annehmen.*» Ähnlich die Verfassung von *Glarus* vom Jahre 1842, § 15, oder, wie auch die folgenden 3, nur mit Bewilligung der obersten Kantonsbehörde. *Luzern,* Verfassung von 1841, § 15, und *Schaffhausen,* Verfassung von 1834, § 17, verboten ausserdem auch die Annahme von auswärtigen bürgerlichen, bezw. politischen, und militärischen Stellen; *Baselstadt,* Verf. von 1833, § 4, auch die Annahme von Standeserhöhungen. *St. Gallen,* Verf. von 1831, Art. 4, verbot bloss das *Tragen* von Orden oder anderen Auszeichnungen bei amtlichen Verrichtungen, in amtlicher Stellung und in gesetzlichen Bürger- oder Militärversammlungen, wie in ähnlicher Weise auch Glarus. Die *aargauische* Verfassung vom Jahre 1841, § 8, stellt die Annahme von politischen oder militärischen Stellen, von Titeln, Orden, Besoldungen und Pensionen von fremden Mächten dem Verzicht auf den öffentlichen Dienst im Kantone gleich, unter Vorbehalt des Dispensationsrechtes des Grossen Rates, wo es das Staatsinteresse erlaubt. Nach der *Genfer* Verfassung von 1842, Art. 17, hat der fremde aktive Staatsdienst nur den Verlust der politischen Rechte zur Folge, und nach der *Walliser* Verfassung von 1844, Art. 65, besteht bloss Unvereinbarkeit zwischen fremden bürgerlichen oder militärischen Stellen und öffentlichen Ämtern des Kantons[1].

Der *Entwurf von 1833* bestimmte in Art. 72: «Die Mitglieder des B. R. dürfen vom Auslande weder Pensionen oder Gehalte, noch Titel, Geschenke oder Orden annehmen.

«Sind sie bereits im Besitz von Pensionen, Titeln oder Orden, so haben sie für ihre Amtsdauer auf den Genuss der Pensionen und auf das Tragen der Titel und Orden zu verzichten.»

In der Tagsatzung von 1846 stellte der Kanton *Waadt* den Antrag: «Den Standesgesandtschaften zur Tagsatzung, den eidgen. Beamten und allen durch die Eidgenossenschaft Angestellten ist es untersagt, in den Sitzungen der Tagsatzung und bei allen eidgen. Feierlichkeiten Orden oder irgend eine andere vom Ausland empfangene Auszeichnung zu tragen. — Zudem ist es eidgen. Kommissarien, eidgen. Beamten und überhaupt allen im Zivil- oder Militärdienst der Eidgenossenschaft Angestellten untersagt, während ihrer ganzen Dienstzeit irgend einen Gehalt, Orden, Auszeichnung oder Geschenk von einer auswärtigen Macht anzunehmen», den der zweite Abgeordnete von Waadt, *Eytel,* mit Hinweis auf die bei eidgenössischen Festen und namentlich bei Eröffnung der Tagsatzung zur Schau getragenen zahlreichen fremden Orden energisch verteidigte. Die Abgeordneten der andern Kantone hatten zum Teil keine Instruktion; die meisten betrachteten die Frage als unbedeutend und verhielten sich ablehnend. 10½ Stände stimmten dagegen; *dafür* nebst Waadt nur Basel-Landschaft[2].

Die von der Tagsatzung zur Revision des Bundesvertrages eingesetzte Kommission nahm in erster Lesung den Antrag von *Waadt* an, dass die Bundesräte und die Mitglieder der Nationalversammlung weder einen Orden tragen, noch Pensionen geniessen, noch Geschenke von fremden Staaten annehmen dürfen, mit alleiniger Ausnahme der Militär-

---

[1]) Vgl. *Snell,* Handbuch des Schweiz. Staatsrechts, Bd. II.

[2]) Abschiede, 1846, S. 97.

orden, welche auf dem Schlachtfelde erworben worden sind, — unter Weglassung der die Militärorden betreffenden Ausnahme.

In zweiter Lesung wurde der Antrag, ergänzt durch zwei Zusätze, in folgender Fassung angenommen: «Die Mitglieder der Bundesbehörden, die eidgenössischen Zivil- und Militärbeamten und die eidgenössischen Repräsentanten oder Kommissarien dürfen vom Auslande weder Pensionen oder Gehalte, Geschenke oder Orden annehmen.»

Abs. 2 und 3 gleich den heutigen.

In der Tagsatzung schlug *Waadt* vor, den Ausdruck: «vom Ausland» zu ersetzen durch: «von auswärtigen Regierungen» mit Rücksicht auf die von auswärtigen Universitäten und Akademien erteilten Titel, was auch gutgeheissen wurde. *Zürich* beantragte, den 1. Absatz dahin abzuändern, dass die Annahme nur solcher Pensionen verboten sei, die während der Amtsdauer angeboten werden, damit Militärs ihre Pensionen aus früherem Dienste weiter geniessen können. Dieser Antrag, sowie die weiteren Anträge auf Streichung von Abs. 2 und 3 wurden verworfen. Endlich wurde auf die Anfrage von *Wallis*, ob auch kantonale Militärs, welche in den eidgenössischen Dienst eintreten, auf Pensionen verzichten müssen, geantwortet, die Bestimmung beziehe sich überhaupt nicht auf Offiziere, welche nur einen vorübergehenden Dienst zu leisten hätten, sondern nur auf ständige und besoldete Militärstellen (Beamte).

Bei der *Verfassungsrevision von 1871/72* beantragte die N. R. K., den Art. 12 dem heutigen 4. Abs. beizufügen, entgegen einem erweiternden Antrage von *Stämpfli*, dahingehend, dass nicht bloss den Offizieren im Heere (welche die Kommission im Auge hatte), sondern sämtlichen Militärs, welche zum Heere gehören, die Annahme sowohl als das Tragen von Orden und das Geltendmachen von Titeln verboten sei. Dagegen wurde der Antrag *Stämpflis* bezüglich der *Annahme* solcher Auszeichnungen zum Beschluss erhoben. Der St. R., der zuerst den Art. 12 unverändert lassen wollte, da etwaigen Übelständen durch Erlasse der Bundesgesetzgebung oder des B. R. entgegengetreten werden könne, stimmte schliesslich dem N. R. zu[1]. Der gleichen Ansicht wie 1871 war der St. R. i. J. 1873; er beharrte aber nicht darauf, als der N. R. an der Bestimmung festhielt[2].

II. Auslegung.

Dem Verbot der *Annahme* von Auszeichnungen und Belohnungen seitens ausländischer Regierungen liegt der Gedanke zu Grunde, dass die im Dienste des Bundes stehenden Personen nur das Interesse des Bundes im Auge haben sollen und anderen Staaten gegenüber keine Verpflichtungen, auch keine bloss moralischen, eingehen sollen. Aus dem gleichen Grund ist auch der Weiterbezug einer Pension oder eines Gehaltes, die berechtigterweise angenommen worden sind, in der Regel während der Ausübung des Amtes verboten. Dem Verbot, Titel und Orden im Amte oder im Heere zu *tragen*, liegt der Gedanke zu Grunde dass es unschicklich ist, bei Erfüllung einer patriotischen Pflicht die vom Auslande erhaltene Auszeichnung zur Schau zu tragen, und gegen-

[1]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 62, 111–112, 308, 526, 572, 575, 589. Prot. des St. R., 16. Januar, 26., 28. u. 29. Februar 1872.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 4, 236, 308, 369, 370.

über anderen Beamten oder Militärs eine undemokratische Selbstüberhebung. Über die Berechtigung und die Zweckmässigkeit einer solchen Vorschrift lässt sich streiten; für Schweizer ist es aber m. E. eine Pflicht historischer Pietät, solchen Auszeichnungen fremder Staaten zu entsagen.

a. In der alten Eidgenossenschaft waren *Pensionen* die Jahrgelder, welche auswärtige Regierungen schweizerischen einflussreichen Staatsmännern als Belohnung für die Unterstützung ihrer Interessen in der Schweiz verabfolgten[1]; gleich wie die französische Regierung im eigenen Lande gewichtige Persönlichkeiten durch Pensionen sich verbindlich zu machen suchte, so tat sie es auch im Ausland. Im Jahre 1848 wollte man aber mit dem Ausdruck: «Pensionen» vielmehr die heute so bezeichneten Gehaltsansprüche entlassener Beamter oder Militärs für früher geleistete Dienste bezeichnen. Im Gegensatz hierzu sind *Gehalte* periodische Geldleistungen für gegenwärtig zu leistende fortlaufende Dienste, wirklichen Staatsdienst oder blosse Dienstbereitschaft, gelegentlich zu leistende Dienste oder Gefälligkeiten; und *Geschenke* einseitige Zuwendungen in irgend einer Form. Während Pensionen und Gehalte einen pekuniären Wert besitzen müssen, kommt bei Geschenken nicht nur der Geldeswert, sondern auch die persönliche Auszeichnung in Betracht, ein dem Geschenk mit den Titeln und Orden gemeinsames Moment. Es sind somit auch Geschenke verboten, die keinen erheblichen materiellen Wert haben, aber eine Ehrung des Beschenkten bedeuten, wie Portraits mit eigenhändiger Unterschrift des Monarchen u. dgl. Auch solche Auszeichnungen verwirren manchmal den Sinn und das Gewissen des Menschen[2]. Wie weit darin zu gehen sei, lässt sich schwer bestimmen. Am richtigsten scheint es, von auswärtigen Regierungen überhaupt keine Geschenke anzunehmen, auch solche nicht, die als ein persönliches Andenken des Monarchen gelten können; nur so wird es möglich sein, die Bestimmung in der Praxis ohne Willkür anzuwenden und gegenüber der auswärtigen Regierung ohne Verletzung des internationalen Anstandes geltend zu machen[3]. Keine Geschenke sind die Honorare, die Bundesbeamte für Ausübung des Schiedsrichteramtes in internationalen Streitigkeiten beziehen, denn sie sind geschuldet. Die Frage kann nur sein, ob solche bezahlte schiedsrichterliche Funktionen mit dem Amte vereinbar sind.

Unter *Titel* i. S. von Art. 12 sind Bezeichnungen der Personen nach Ämtern oder amtlichen Eigenschaften zu verstehen, die ihnen nur ehrenhalber beigelegt werden, trotzdem der Titulierte das Amt oder die Eigenschaft nicht besitzt, während die Annahme und die Führung von

---

[1] Es ist daher keineswegs richtig, wenn *Schollenberger*, S. 159, meint, das Verbot des Art. 12 habe seiner Geschichte nach zur Voraussetzung, dass die betr. Auszeichnung oder Belohnung für *fremden* Dienst erlangt worden sei.

[2] In einem Bericht vom 28. Oktober 1897 an den B. R. sprach sich das Eidgen. Justizdepartement dahin aus, eine von der Türkei verabfolgte Erinnerungsmedaille an den griechisch-türkischen Krieg sei kein Geschenk, weil sie keinen materiellen Wert habe, trotzdem sie als Ehrenzeichen qualifiziert wurde. *Salis*, I, Nr. 229.

[3] *Hilty*, a. a. O., S. 293, schlägt für solche Fälle den Ausweg vor, das Geschenk direkt der Eidgenossenschaft zu überweisen. — Als Geschenk wurde z. B. vom N. R. 1893 ein Ring bezeichnet, den der Direktor der eidg. Waffenfabrik in Bern vom Kaiser von Russland für zwei ihm übersandte neue Gewehre erhalten hatte. *Salis*, I, Nr. 231; B. Bl. 1894, I, 1032; *Hilty*, a. a. O., S. 293.

Titeln, die auch wirklich übernommene Ämter sachlich bezeichnen, erlaubt sind, sofern die Übernahme des Amtes erlaubt ist. Daher entschied der B. R. mit Recht, der Direktor des Nationalmuseums, ein eidgenössischer Beamter, könne den Titel eines britischen Generalkonsuls führen, da er dieses Amt wirklich bekleide; ein Gehalt wurde in der für Bureau- und andere Auslagen gewährten Pauschalentschädigung nicht erblickt[1]).

Orden[2]) ist das äussere Zeichen für die Zugehörigkeit zu einem wirklichen oder nur noch fingierten Personenverbande, der nur zur Ehrung verdienter Personen durch eine gemeinschaftliche äussere Bezeichnung besteht; über die Tätigkeit dieses Verbandes bestehen keine Regeln, da die Mitgliedschaft desselben Selbstzweck ist, wohl aber setzt der Begriff des Ordens voraus, dass die Verleihung nach bestimmten Regeln erfolge, dass der Orden eine feste Einrichtung sei. Daher war die schon erwähnte silberne Erinnerungsmedaille, die der Sultan den vom B. R. nach dem Kriegsschauplatz des türkisch-griechischen Krieges beorderten schweizerischen Offizieren gab, kein Orden[3]).

Dagegen ist es eine Übertretung des Art. 12, wenn ein schon Dekorierter eine höhere Rangstufe im gleichen Orden annimmt, denn dadurch wird das Band zwischen dem auswärtigen Staat und dem dekorierten Schweizer, wenn ein solches überhaupt besteht, noch stärker, was offenbar der Absicht der B. V. widerspricht[4]).

b. Art. 12 B. V. richtet sich in den drei ersten Absätzen an die *Mitglieder der Bundesbehörden*, an alle *Zivil- und Militärbeamten* und an die *eidgenössischen Repräsentanten und Kommissarien.* Unter Mitgliedern der Bundesbehörden sind, wie sich aus dem Geiste und dem Wortlaut der Bestimmung ergibt, nicht nur die Mitglieder der ständigen Bundesbehörden, des B. R. und des B. Ger., sondern auch der gesetzgebenden Räte zu verstehen, und zwar selbstverständlich nicht nur während der Dauer der Sessionen; denn das Mandat besteht fort und kann jeden Augenblick durch Einberufung der B. Vers. zur Ausübung gelangen[5]). Zivil- und Militärbeamten sind alle auf bestimmte Zeit im öffentlichen Dienst der Eidgenossenschaft stehende Personen, nicht aber die nur vorübergehend mit einem Amte oder Auftrage betrauten Personen.

Repräsentanten[6]) und *Kommissarien.* Unter der B. V. von 1848 war der Begriff des eidg. Repräsentanten bestritten, namentlich, ob auch die

---

[1]) *Salis,* I, Nr. 230.

[2]) *Schulze,* Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, I, S. 197; *Biedenfeld,* Geschichte aller geistlichen und weltlichen Orden, Weimar 1841, S. 1 ff., 11 ff.; *Heffter,* im VII. Band des Staatswörterbuchs von *Bluntschli,* S. 381, „Weltliche Orden“.

[3]) Vgl. Bericht des eidg. Justiz- und Polizeidepartements vom 21. Okt. 1897; B. R. B. vom 2. Nov. 1897; *Salis,* I, Nr. 229. Die Medaille war juristisch eher ein Geschenk, wenn anzunehmen wäre, dass sie zur Ehrung der Beschenkten und nicht des Schenkers verliehen wurde.

[4]) Dem General Dufour wurde die Annahme des Grosskreuzes der französischen Ehrenlegion u. a. aus dem Grunde erlaubt, weil er einen niedern Orden der Ehrenlegion schon besitze. B. Bl. 1853, II, 559; *Blumer-Morel,* I, S. 271.

[5]) Es wurde dies im Falle *Ador* in der Presse behauptet; der N. R. hatte sich schon im Falle *Letter,* 1860, für die richtige Ansicht ausgesprochen, der B. R. neuerdings im Falle Ador; vgl. darüber unten.

[6]) Der Bundesvertrag von 1815, § IX, nannte eidg. Repräsentanten die Mitglieder der ständigen Kommission, welche die Tagsatzung dem Vorort in ausserordentlichen Umständen beiordnen konnte: eine Vertretung aller Kantone bei dem einen, mit der Exekutive betrauten.

diplomatischen Vertreter der Schweiz Repräsentanten seien, in welchem Falle sie nach Art. 74 durch die B. Vers. hätten ernannt werden müssen [1]).

Als Repräsentanten sind heute Personen zu betrachten, die im Auslande mit einer weitergehenden, speziellen Mission betraut worden sind, und Kommissarien im Sinne des Art. 12 sind ebenfalls mit einem Geschäfte ausser Landes betraute Personen [2]); denn offenbar soll solchen mit einer speziellen Mission beauftragten Vertretern der Eidgenossenschaft das Annehmen von Pensionen etc. verboten sein, die in die Lage kommen könnten, welche zu erhalten, und dadurch in eine Pflichtenkollision versetzt würden. Die Vertreter des Bundes bei Geschäften im Inlande unter die Spezialbestimmung des Art. 12 zu stellen, weil sie zufällig als Repräsentanten oder Kommissarien bezeichnet werden, hätte keinen Sinn. So dass also Art. 12 für alle eigentlichen Beamten und für die mit einer Spezialmission im Auslande betrauten Nichtbeamten gilt [3]).

c. Es ist verboten, Pensionen oder Gehalte u. s. w. von *auswärtigen Regierungen* anzunehmen; damit ist gesagt, dass von auswärtigen Universitäten und gelehrten Körperschaften Auszeichnungen angenommen werden können und ebenso Geschenke, die von Mitgliedern der Regierung persönlich überreicht werden; während sich bei Monarchen die amtliche und die private Persönlichkeit nicht so trennen lassen. Dagegen wären wohl Behörden der Gemeinde- und Lokalverwaltung der Zentralbehörde gleich zu stellen.

d. Die Mitglieder der Bundesbehörden, Beamten, Repräsentanten und Kommissarien sollen keine Pensionen oder Gehalte, Titel, Geschenke oder Orden *annehmen*. Die Sanktion dieser Pflicht ist das Recht der vorgesetzten Behörde, die Fehlbaren aus dem Dienst der Eidgenossenschaft zu entlassen. Die Entlassung kann erfolgen, weil der Beamte eine zur Wahrung treuer Amtsführung aufgestellte Vorschrift verletzt hat. Der nachträgliche Verzicht der Beamten auf die Zuwendung wird oft als Milderungsgrund erscheinen, nimmt aber der Oberbehörde das Recht der Entlassung nicht. Eine Schwierigkeit bietet zudem der Umstand, dass auf auswärtige Titel und Orden oft nicht gültig verzichtet werden kann; vom Standpunkt des schweizerischen Rechts wird aber der in guter Treue der schweizerischen Behörde erklärte und nach Vermögen betätigte Verzicht genügen. Die Entlassung aus dem Dienst braucht aber nicht zu erfolgen; denn wie der Besitz von Pensionen, Titeln oder Orden zum Amte nicht unfähig macht, so kann auch derjenige, der während der Amtsführung solche Auszeichnungen annimmt, im Amte belassen werden nach dem Ermessen der Oberbehörde, wodurch Disziplinarstrafen nicht ausgeschlossen sind. — Bei Mitgliedern der B. Vers. verhält es sich insofern anders, als sie nicht der Disziplinargewalt derjenigen unterworfen sind, die sie mit dem Amte betraut haben; die Wähler besitzen nicht das Abberufungsrecht, und hier liegt gewiss nicht mehr Grund vor, es ihnen zu gewähren, als in manch anderm Fall. Die Versammlung, der sie angehören, hat ihrerseits nicht das Recht, sie auszuschliessen, denn sie haben durch die Missachtung des Art. 12 B.V.

---

[1]) *Salis*, I, Nr. 151.

[2]) Vgl. *Blumer-Morel*, III, S. 210; Bericht des eidg. Justizdepartements vom 21. Okt. 1897: *Salis*, I, Nr. 229.

[3]) Den Konsuln ist das Verbot noch speziell durch Art. 21 des Konsularreglements vom 26. Mai 1875 eingeschärft (A. S., I, 528).

ihre Wählbarkeit nicht eingebüsst. Sie bleiben daher Mitglied ihres Rates, bis ihr Mandat abläuft, und Sache ihrer Wähler ist es, sich darüber schlüssig zu machen, ob sie alsdann das Mandat erneuern wollen. Da sie nicht wahlunfähig geworden, können sie in der nächsten Wahl wieder gewählt werden, ohne dass darin eine Umgehung der B.V. zu erblicken wäre [1]).

Wenn aber die einmal vollzogene Übertretung des Art. 12 B.V. nicht notwendig die Enthebung vom Amte zur Folge haben muss, so ist doch das Verbot ein absolutes: die davon betroffenen Personen sollen schlechthin keine Auszeichnung und kein Geschenk annehmen, und niemand kann sie dazu ermächtigen; es ist daher unerheblich, ob der Bundesbeamte vorher den B. R. angefragt habe [2]), da ihm der B. R. nicht etwas erlauben kann, was die Verfassung verbietet, wenn auch die moralische Bedeutung der Übertretung durch das Einverständnis der vorgesetzten unbeteiligten Behörde sehr abgeschwächt wird. — Und weiter: Wenn der Besitz von Pensionen, Titeln oder Orden mit einem eidgenössischen Amte nicht unvereinbar ist, so ist doch der Genuss der Pensionen und das Tragen der Titel und Orden während der Amtsdauer absolut verboten. Es blieb daher dem N. R. im Jahre 1860 gegenüber dem zu seinem Mitglied gewählten Oberst *Letter* von Zug, der auf seine holländische Militärpension nicht verzichten wollte, nichts anderes übrig, als der Wahl die Anerkennung zu verweigern, oder richtiger, den gültig Gewählten vom Rate wieder auszuschliessen. Denn Abs. 2 des Art. 12 ist nicht anders als im Sinne einer Unvereinbarkeit zwischen dem Amte und dem Weitergenuss von Pensionen und dem Tragen von Titeln und Orden zu verstehen [3]).

e. Abs. 3 statuiert eine Ausnahme von der Regel des Abs. 2, insofern der B. R. untergeordneten Beamten und Angestellten den Fortbezug von Pensionen bewilligen kann.

Die Geschäftsberichte des politischen Departements geben jeweilen Aufschluss über die mit Spanien, Neapel, Rom (später Italien), den Niederlanden seit 1850 bis in die jüngste Zeit gepflogenen Verhandlungen über die Ausrichtung der im Militärdienste dieser Staaten gestandenen Schweizer [4]).

f. Indem der letzte Absatz des Art. 12 das *Annehmen von Orden und Titeln* allen *Offizieren, Unteroffizieren und Soldaten* des schweizerischen Heeres untersagt, dehnt er das ursprünglich nur für Mitglieder von Bundesbehörden oder Beamte geltende Verbot auf einen grossen Teil der Bevölkerung aus. Nicht darunter fallen die dem Landsturme Zugeteilten und diejenigen, die zwar dienstfähig und -pflichtig sind, aber

[1]) Anderer Ansicht *Hilty*, a. a. O., S. 296. Der schweizerische Kommissär an der Pariser Ausstellung von 1900, Herr N. R. *Ador*, nahm nach Beendigung seiner Mission am 29. Mai 1901 den Orden der französischen Ehrenlegion an. Auf seinen Wunsch unterbreitete das eidg. Justizdepartement die Frage dem B. R., der sich dahin aussprach, Herr Ador hätte den Orden in seiner Eigenschaft als Mitglied der B. Vers. nicht annehmen dürfen, es ihm aber überliess, sich über das Weitere schlüssig zu machen. Herr Ador reichte darauf seine Demission als Mitglied des N. R. ein (B. Bl. 1902, I, S. 385). Bei der Gesamterneuerung von 1902 wurde er aber wieder gewählt. Vgl. die Korrespondenz zw. dem B. R. und Herrn Ador bei *Hilty*, a. a. O., S. 335 ff. Das passive Verhalten des B. R. war durchaus korrekt.

[2]) A. *Hilty*, a. a. O., S. 290 ff.

[3]) *Hans Escher*, Schweizerisches Bundesbeamtenrecht, Diss. Zürich 1903, S. 50.

[4]) Vgl. über die Verteilung der erhaltenen Pensionsgelder unter die Kantone die Geschäftsberichte des Militärdepartements.

dem Heere noch nicht angehören, z. B. weil sie fortwährend im Auslande abwesend waren. Im Sinne des Art. 12 B. V. ist als Soldat zu betrachten, wer bei der Aushebung als dienstpflichtig erklärt worden ist und daher jeden Augenblick zu einem Instruktionsdienst einberufen werden kann; er ist Soldat insofern, als er schon jetzt mit Rücksicht auf seine spätere Stellung im Heere nichts unternehmen soll, was mit dieser Stellung und ihren Pflichten im Widerspruch stünde.

Wenn ein Militär einen Titel oder Orden annimmt, so kann die Sanktion nicht die gleiche sein wie bei den Beamten, — die Entlassung aus dem Dienst; sie kann nur im Verzicht auf die angenommene Auszeichnung liegen, und, wenn darauf nach ausländischem Recht in gültiger Weise nicht verzichtet werden kann, in einer der schweizerischen Behörde verbindlich abgegebenen Erklärung, darauf verzichten zu wollen, und einem dementsprechenden Verhalten; unvorgreiflich disziplinarischer Bestrafung[1]).

Der vorletzte Absatz des Art. 12, welcher verbietet, im schweizerischen Heere Orden zu tragen und Titel geltend zu machen, hat beinahe nur noch die Bedeutung einer Übergangsbestimmung, gerichtet an diejenigen, die vor der B.V. von 1874 schon einen Orden oder Titel besassen; denn dass diejenigen, die solche Auszeichnungen nicht annehmen durften und es trotzdem taten, sie im Dienste auch nicht gebrauchen dürfen, ist selbstverständlich.

Art. 13.

Der Bund ist nicht berechtigt, stehende Truppen zu halten.

Ohne Bewilligung der Bundesbehörde darf kein Kanton oder in geteilten Kantonen kein Landesteil mehr als 300 Mann stehende Truppen halten, die Landjägerkorps nicht inbegriffen.

I. Geschichte.

Die *Mediationsverfassung* bestimmte in Art. 9: «Die Anzahl besoldeter Truppen, die ein Kanton unterhalten kann, ist auf 200 Mann beschränkt.»

Der *Bundesvertrag* von 1815 stellte die unbeschränkte Freiheit der Kantone wieder her; da die Kantone auf Grund des Bundesvertrages die Pflicht nicht hatten, zur Bildung stehender eidg. Truppen beizutragen, so konnte von solchen keine Rede sein.

[1]) Da die Presse anlässlich des Falles Ador behauptet hatte, Art. 12 B.V. sei vielfach auch von Militärpersonen missachtet worden, erliess das schweiz. Militärdepartement im Jahre 1902 an die Kantonsregierungen und die Waffen- und Abteilungschefs ein Kreisschreiben mit der Aufforderung, Erhebungen darüber anzustellen, ob und eventuell unter welchen Umständen Offiziere, Unteroffiziere und Soldaten seit 1874 in den Besitz von Orden auswärtiger Souveräne und Regierungen gelangt seien. Zeitungsberichten gemäss sollten die Fehlbaren dazu verhalten werden, ihre Orden zurückzugeben (vgl. *Hilty*, a. a. O., S. 341). Es fand sich in der Tat eine Anzahl verfassungswidrig Dekorierter.

Wohl unter dem Eindruck des Bürgerkrieges im Kanton Basel, dessen Regierung mehrere hundert Mann gedungener Truppen unterhalten und gegen die Landschaft verwendet hatte[1]), bestimmte Art. 9 des Entwurfes von 1832: «Kein Kanton darf ohne Bewilligung des Bundes mehr denn 300 Mann stehender Truppen halten, die Landjägerkorps (Gendarmerie) nicht einbegriffen.»

Der nach den Standesinstruktionen umgearbeitete *Entwurf von 1833* lautete:

«Der Bund ist nicht berechtigt, stehende Truppen zu halten; jedoch soll durch diese Bestimmung den für die Instruktion des Bundesheeres erforderlichen Einrichtungen auf keine Weise vorgegriffen sein.»

«Ohne Bewilligung der obersten Bundesbehörde darf kein Kanton mehr als 300 Mann, und in geteilten Kantonen kein Landesteil mehr als 150 Mann stehender Truppen halten, die Landjägerkorps (Gendarmerie) nicht einbegriffen.»

In der *Tagsatzungskommission von 1848* schlugen die Redaktoren den Art. 9 des Entwurfs von 1833 vor, der in erster Beratung auch angenommen wurde. In der zweiten Beratung wurden die Halbkantone mit Rücksicht auf die schwierige Stellung des Grenzkantons Basel auf die gleiche Linie gestellt wie die ganzen[2]).

In der Tagsatzung selbst stellte *Bern* den Antrag, den zweiten Satz des 1. Abs. zu streichen, da es selbstverständlich sei, dass die Instruktoren, auf die sich der Passus bezog, nicht als stehende Truppen zu betrachten seien. In der zweiten Beratung wurde dann noch das in Klammern stehende Wort: «Gendarmerie» weggelassen[3]).

Bei der *Verfassungsrevision von 1871/1872* schlug *Joos* im N. R. vor, einfach zu sagen: «Weder der Bund noch die Kantone sind berechtigt, stehende Truppen zu halten», und den Rest zu streichen; der Antrag wurde aber verworfen, und ebenso, in definitiver Abstimmung, der Beisatz, dass vom Artikel etwaige Landjägerkorps und Polizeimannschaften nicht betroffen werden[4]).

II. Auslegung.

So einfach der Rechtssatz des Art. 13 auf den ersten Blick scheint, so schwer ist es doch, seinen genauen Sinn festzustellen, wenn man ihn näher ins Auge fasst. Als man den Grundsatz in den Entwurf des Jahres 1833 und in die B. V. von 1848 aufnahm, wollte man Truppen wie die « Standestruppe » von Baselstadt treffen, d. h. geworbene Truppen. Die Revisionskommission äusserte sich im Jahre 1833 darüber wie folgt: « Einerseits sind die Kantone durch den Bund gegen jeden Angriff, woher er kommen möge, geschützt; sie haben also nicht nötig, durch Ausgaben, die ausser allem Verhältnis mit ihren Hülfsmitteln stehen, ihre Bürger zu belästigen und ihre Finanzen zu Grunde zu richten. Anderseits wären stehende und besoldete Truppen, welche die einen in grösserer und geringerer Anzahl halten könnten, die andern nicht, eine verderb-

---

[1]) Vgl. *Baumgartner*, a. a. O., I, 98, 293.

[2]) Prot. der Kommission, S. 151 f.; 163.

[3]) Eidg. Absch. 1847, 4. Bd., S. 65, vgl. 250. Vgl. auch über die Entstehungsgeschichte: *Blumer-Morel*, II, 314 ff.

[4]) Prot. des N. R., 1871/1872, S. 65.

liche Versuchung für die Regierungen; die Freiheit der Kantone und der Friede in der Eidgenossenschaft könnten dadurch gefährdet werden. Den erstern Grund kann man allerdings durch die Einwendung beseitigen, dass er die Eidgenossenschaft nicht berühre, da sie sich mit den Finanzen der Kantone nicht zu befassen habe. Der letztere Grund hingegen hat der Kommission bedeutend genug geschienen, um das angetragene Verbot zu rechtfertigen »[1]).

Als Hauptgrund der Bestimmung führt also die Kommission an die Gefahr des Missbrauches der bewaffneten Macht durch die kantonale Regierung gegenüber anderen Kantonen. Bestimmender als dieser war aber wohl die Befürchtung, die kantonale Regierung könnte die ihr zu Gebote stehende, dem Volke fremd sich fühlende Truppe gegenüber den Bürgern des eigenen Kantons, zur Niederhaltung politischer Opposition missbrauchen; das Beispiel der neapolitanischen Schweizerregimenter lag ja nahe, und endlich wird auch die Abneigung gegen eine Einrichtung mitgewirkt haben, die, ihrem Wesen nach aristokratisch, mit dem demokratischen Geist des schweizerischen Volkes schlecht harmoniert. Aus diesen letzteren Gründen erklärt sich, dass das Verbot auch auf den Bund ausgedehnt wurde. Unter « stehenden Truppen » verstand man daher i. J. 1848 zunächst gedungene Söldnertruppen, zusammengesetzt aus Berufssoldaten, im Gegensatz zu dem auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhenden Volksheer[2]). Stehende Truppen (Art. 13) und allgemeine Wehrpflicht (Art. 18) sind also zunächst Gegensätze. Heute bezeichnet man aber auch Volksheere, die auf der allgemeinen Wehrpflicht beruhen, als stehende Heere; soll auch diese Form stehender Heere durch Art. 13 verboten sein? Was solche Heere von unsern Milizen unterscheidet, ist einmal die längere ununterbrochene Dienstzeit, sodann der Umstand, dass auch in Friedenszeiten die für den Krieg vorgesehenen Truppenkörper in gleicher Zahl, obgleich in verminderter Stärke, vorhanden sind, und dass ein grosser Teil der Offiziere und Unteroffiziere dieser Truppen Militärs von Beruf sind und sich freiwillig anwerben (kapitulieren) lassen. M. E. würde nun die Verlängerung der Dienstzeit auf ein Jahr oder mehr, derart, dass das ganze Jahr hindurch Truppen unter den Waffen ständen, an sich nicht gegen Art. 13 verstossen. Auch die Einführung des sog. Cadresystems wäre zulässig, wonach die Instruktion den Truppen in derjenigen Formation erteilt wird, die im Kriege verwendet wird, derart, dass jeder in seinem Korps ausgebildet wird. « Stehende Truppen » sind nicht schon dann vorhanden, wenn das ganze Jahr Truppen im Dienste stehen und die entlassenen Mannschaften sofort wieder durch andere ersetzt werden, bleiben nun die einzelnen ein paar Wochen oder ein ganzes Jahr unter den Waffen. Es ist nicht anzunehmen, dass, während Art. 18 über die Dauer der Dienstpflicht, wie es 1872 und 1873 mehrfach vorgeschlagen wurde, nichts bestimmt und bezüglich der Organisation des Unterrichts Art. 20 bloss

---

[1]) Bericht der Kommission, S. 53—54.

[2]) Vgl. *Kaiser*, Schweizerisches Staatsrecht, II. Buch, 1859, S. 217: „Die Wehrpflicht muss um so ausgedehnter sein, je mehr man dem verzehrenden Systeme der stehenden Heere abgeneigt ist." — „Beide Grundsätze, dass die Schweiz, weder der Bund noch die Kantone, das Institut der stehenden Heere nicht wolle, dafür aber die Militärpflicht jedes Schweizers aufstelle, finden sich bereits in der B. V." Vgl. auch die Fassung der Mediationsakte: „Die Anzahl *besoldeter* Truppen . . ." Auch *Dubs*, II, S. 209, stellt dem negativen Grundsatz des Art. 13 den positiven der allgemeinen Wehrpflicht (Art. 18) gegenüber

sagt: «Die Gesetzgebung über das Heerwesen ist Sache des Bundes.» «Der gesamte Militärunterricht ... ist Sache des Bundes», Art. 13 diese Fragen in verdeckter Weise habe präjudizieren wollen, wenn auch unzweifelhaft durch die Verlängerung der Dienstzeit die Macht des Staates vergrössert wird. Dagegen wäre dem Art. 13 zuwider, dass sich der Staat, durch freies Anwerben, ein Heer von Berufssoldaten schaffte. Die Organisation des Bundesheeres und die Bestimmung der Dienstzeit ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten, und hiermit sind dem Volke genug Garantien gegeben gegen gefährliche Steigerung der Machtmittel des Staates; verboten soll aber sein, dass sich der Staat eine Stütze gebe in Soldaten, die durch ihre Geistesrichtung und ihre materiellen Interessen der Regierung ergeben und dem Volke fremd sein müssen, weil sie Berufssoldaten sind. Daher wäre es auch verfassungswidrig, nur die Offiziere und Unteroffiziere einer Truppe aus Berufsmilitärs zu bilden. In diesem Sinne postuliert Art. 13 B. V. das Milizsystem, indem er verlangt, dass die Truppen ganz aus Laien des Militärs gebildet werden, und dieser Grundsatz ist in der schweizerischen Militärorganisation auch durchgeführt. Die freiwillig engagierten Berufsmilitärs der Eidgenossenschaft gehören nicht zu den Cadres (Offizieren und Unteroffizieren) der Truppenkorps; sie stehen ausserhalb derselben.

Anders verhält es sich mit den Sicherheitswachen der Befestigungen am St. Gotthard und in St. Maurice. Sie sind militärisch organisiert und stehen unter militärischer Disziplin und Jurisdiktion[1]. Wenn man zur Rechtfertigung der Institution angeführt hat, die Sicherheitswächter werden zu diesem Dienst nicht gesetzlich verpflichtet, sondern sie übernehmen ihn freiwillig, so ist darauf zu erwidern, dass gerade deshalb die Sache bedenklich erscheint, denn nicht zum Schutze des Bürgers vor dem Übermass gesetzlichen Militärdienstes, sondern zum Schutze der Zivilbevölkerung vor vertraglich kapitulierten Truppen ist Art. 13 gemacht; diejenigen, welche sich freiwillig engagieren, machen sich das Militär zum Beruf und scheiden aus dem Kreise der Zivilpersonen wenigstens vorübergehend aus, um in den Soldatenstand einzutreten.

Art. 14.

Die Kantone sind verpflichtet, wenn Streitigkeiten unter ihnen vorfallen, sich jeder Selbsthilfe, sowie jeder Bewaffnung zu enthalten und sich der bundesmässigen Entscheidung zu unterziehen.

I. Geschichte.

In der *Mediationsakte* findet sich die Bestimmung: Art. 21. «Wenn während der Zeit, da keine Tagsatzung versammelt ist, Streitigkeiten

[1]) Vgl. Bundesgesetz betr. Organisation der Verteidigung und Verwaltung der Gotthardbefestigung vom 13. April 1894, Art. 28 (A. S., XIV, 362); B. B. betr. Organisation der Verwaltung und Verteidigung der Befestigungen von St. Maurice vom 15. Juni 1894, und B. R. B vom 16. Juni 1894 (A. S., XIV, 265. 267); Regulativ des B. R. betr. Anstellung und Besoldung der Sicherheitswachen der Festungswerke vom 27. Febr. 1900 (A. S., XVIII, 21).

zwischen zwei oder mehreren Kantonen entstehen sollten, so wendet man sich an den Landammann der Schweiz, der je nach der grösseren oder geringeren Dringlichkeit der Umstände entweder Schiedsrichter zum Vermitteln ernennt oder die Erörterung bis zur nächsten Tagsatzung aussetzt.» Über das Verfahren in der Tagsatzung vgl. Art. 36[1]).

In Anlehnung an die Schiedsgerichtsklauseln der alten Bünde bestimmte § 5 des *Bundesvertrages* von 1815:

«Alle Ansprüche und Streitigkeiten zwischen den Kantonen über Gegenstände, die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind[2]), werden an das eidgenössische Recht gewiesen. Der Gang und die Form dieser Rechtshandlung sind folgendermassen festgesetzt: — Jeder der zwei streitenden Kantone wählt aus den Magistratspersonen anderer Kantone zwei, oder wenn die Kantone darüber einig fallen, einen Schiedsrichter. — Wenn die Streitsache zwischen mehr als zwei Kantonen obwaltet, so wird die bestimmte Zahl von jeder Partei gewählt. — Diese Schiedsrichter vereint trachten den Streit in der Minne und auf dem Pfad der Vermittlung beizulegen. — Kann dieses nicht erreicht werden, so wählen die Schiedsrichter einen Obmann aus den Magistratspersonen eines in der Sache unparteiischen Kantons, und aus welchem nicht bereits einer der Schiedsrichter gezogen ist. — Sollten die Schiedsrichter sich über die Wahl des Obmanns nicht vereinigen können und einer der Kantone darüber Beschwerde führen, so wird der Obmann von der Tagsatzung gesetzt, wobei aber die im Streit stehenden Kantone kein Stimmrecht haben. Der Obmann und die Schiedsrichter versuchen nochmals, den Streit durch Vermittlung auszugleichen, oder entscheiden im Falle allseitiger Übergabe durch Kompromiss-Spruch; geschieht aber keines von beiden, so sprechen sie über die Streitsache, nach den Rechten, endlich ab. — Der Spruch kann nicht weiter gezogen werden und wird erforderlichen Falls durch Verfügung der Tagsatzung in Vollziehung gesetzt. — Zu gleicher Zeit mit der Hauptsache soll auch über die Kosten, bestehend in den Auslagen der Schiedsrichter und des

---

[1]) Vgl. *G. Vogt*, Zur Charakteristik der Schweiz. Mediationsakte, S 20.

[2]) Der Entwurf vom 10 Febr. 1814 („Grundlinien", *Kaiser* u. *Strickler*, I, S. 154) lautete in Art. 6: „In Rücksicht auf *Territorial*- oder andere Streitigkeiten, die zwischen den Kantonen selbst sich ereignen könnten, wird die alteidgenössische Rechtsform auf folgende Weise hergestellt: . . ." Der Entwurf vom 10. Mai 1814 (ibid., S. 162) schrieb in Art. 7 vor: „Das eidgenössische Recht in Streitsachen zwischen Kantonen über alle Gegenstände, *die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind*, wird folgendermassen festgesetzt: . . .", gewährleistete aber in Art. 1, Abs. 3, das Gebiet der Kantone nicht definitiv: „Sie gewährleisten sich gegenseitig ihr Gebiet, mit Vorbehalt der Berichtigungen für einzelne Landesteile, welche unter den Kantonen einverstanden und von der Tagsatzung bestätigt werden." Der Entwurf vom 10. Febr. 1814 war nicht von allen Ständen vereinbart worden; *Bern*, *Freiburg* und *Solothurn* blieben fern, und auch die anderen waren nicht einig über die Territorialgrenzen. Am 31. März 1814 fügte sich der Kanton Bern der Aufforderung der Mächte, die Tagsatzung zu beschicken, ohne seine Ansprüche auf den früheren Territorialbestand aufzugeben. Nach einer ersten Beratung stellte die diplomatische Kommission den Entwurf vom 10. Mai auf, der dann schliesslich von Bern auch verworfen wurde. In der am 6. Sept. 1814 wieder versammelten Tagsatzung wurde der in Art. 1 enthaltene Vorbehalt betr. Gebietsgewährleistung zuletzt aus dem Bundesvertrag weggelassen, aber unter Widerspruch der neuen Kantone als besondere Übereinkunft vom 16. August aufrecht erhalten. Die endgültige Regelung traf der Wiener Kongress bezüglich der Territorialansprüche, der daraus eine Bedingung seiner Anerkennung der Neutralität der Schweiz machte; durch diese Transaktion vom 20. März 1815 wurde die Übereinkunft vom 16. Aug. als aufgehoben erklärt. Vgl. *Hilty*, Polit. Jahrb. II, S. 42 ff., besonders S. 153 ff., 209, 224, 270, 294, 337.

Obmanns, entschieden werden. — Die nach obigen Bestimmungen gewählten Schiedsrichter und Obmänner werden von ihren Regierungen des Eides für ihren Kanton, in der obwaltenden Streitsache, entlassen. — Bei allen vorfallenden Streitigkeiten sollen die betreffenden Kantone sich jeder gewaltsamen Massregel oder sogar Bewaffnung enthalten, den in diesem Artikel festgesetzten Rechtspfad genau befolgen und dem Spruch in allen Teilen Statt tun.»

Die *Entwürfe von 1832* und *1833* enthielten den gleichlautenden Art. 7:

«Die Kantone sind verpflichtet, wenn Streitigkeiten unter ihnen vorfallen, sich jeder Selbsthülfe, sowie jeder Bewaffnung zu enthalten, dagegen den in gegenwärtiger Bundesurkunde angewiesenen Rechtspfad zu befolgen und dem Spruch in allen Teilen Genüge zu leisten.»

Über die Art der Erledigung durch das B. Ger. s. Art. 102, lit. *a*, des Entwurfs von 1832, Art. 97, lit. *a*, desjenigen von 1833.

Die heutige Fassung wurde gemäss dem Antrag der Kommission *im Jahre 1848* beinahe wörtlich (mit Auslassung des Wortes: «derselben» nach «Entscheidung») angenommen und blieb seither unverändert.

II. Auslegung.

1. Der Grundgedanke des Art. 14 ist, dass die Kantone ihre *Streitigkeiten* nicht nach eigenem Sinn und mit eigener Macht erledigen sollen, sondern im Wege Rechtens, nach Bundesrecht und vor den Bundesbehörden. Das setzt voraus, dass es sich um Streitigkeiten auf dem Boden des Rechts handelt, um Interessenkonflikte, die anerkanntermassen nach Rechtsgrundsätzen zu entscheiden, über deren Lösung aber die beiden Parteien uneinig sind: dann sollen sie sich dem Rechtspruch der Bundesbehörde unterwerfen. Es gibt aber auch Konflikte, bei denen nicht in Frage steht, wie sie nach geltender Rechtsordnung zu erledigen seien, wo eben diese vom geltenden Rechte gebotene Lösung nicht befriedigt, sei es, weil das geltende Recht nicht mehr als verbindlich anerkannt wird, sei es, weil es im vorliegenden Falle unbillig oder unannehmbar erscheint. Ein solcher Interessenkonflikt, wenn er in praktisch glücklicher Weise gelöst werden soll, kann nicht einfach vor die *recht*sprechende Behörde verwiesen werden; er gehört vor das Forum der politischen Behörde. Die B.V. sieht nun hierfür kein besonderes Verfahren vor: es soll eben stets das Recht entscheiden, und das Bundesrecht erhebt grundsätzlich den Anspruch, eine zur Lösung aller Konflikte zwischen den Kantonen ausreichende Rechtsordnung zu sein. Entstehen trotzdem solche Konflikte, so ist es Sache des B.R., sie zu lösen, als Wahrer des Friedens unter den Kantonen (Art. 102, Ziffer 10, B.V.); er kann aber nur seine gütige Vermittlung eintreten lassen, zu Minne und nicht zu Rechte; nehmen nicht beide Parteien den Vorschlag des B.R. an, so kann er sie nur vor das B. Ger. verweisen, welches nach dem Rechte sprechen soll.

Ein solcher Konflikt war derjenige zwischen den Kantonen Zürich und Aargau wegen der von den Städten Winterthur, Baden, Lenzburg und Zofingen übernommenen solidarischen Garantie der Nationalbahnschuld; die vier Gemeinden hafteten unter sich im Verhältnis von $^{7}/_{18}$ für Winter-

thur, 5/8 für Zofingen und 3/8 für Baden und Lenzburg; da aber die aargauischen Städte ausser stande waren, die Gläubiger zu befriedigen, wurde Winterthur für das Ganze in Anspruch genommen. Der B. R. bot seine Vermittlung zuerst bloss offiziös an, aber ohne Erfolg, worauf er im Jahre 1883 vom Kanton Zürich um seine offizielle Vermittlung angegangen wurde. Mit Einwilligung der beiden Kantone stellte er eine Untersuchung über die finanzielle Leistungsfähigkeit der vier Städte an und schlug sodann der B. Vers. vor, den Kantonen Zürich und Aargau eine Summe von Fr. 2,400,000 zu niedrigem Zinsfuss und unter gewissen Bedingungen zu leihen. Die B. Vers. gab dem B. R. die Bewilligung dazu [1]).

2. Unter *Selbsthilfe* ist die eigenmächtige Durchsetzung eines wirklichen oder vermeintlichen bestrittenen Anspruches im Gegensatz zur gerichtlichen Geltendmachung desselben zu verstehen. Die Gewalt kann geübt werden gegen den Kanton selbst durch Verletzung seines Gebietes oder gegen Personen oder Sachen des betr. Kantons, die sich auf dem Gebiet des die Selbsthilfe ausübenden befinden.

Da die Selbsthilfe die Durchsetzung eines wirklichen oder vermeintlichen Anspruches ist, kann sie einen rechtmässigen Zweck verfolgen. Die Selbsthilfehandlung selbst kann die unmittelbare Herstellung des beanspruchten tatsächlichen Zustandes sein (z. B. Erlangung einer Summe Geldes) oder aber ein bloss mittelbar dahin wirkender Akt, z. B. Schädigung des Verpflichteten. Die Selbsthilfehandlung kann also Rechtsverwirklichung sein oder auch Rechtsverletzung zum Zwecke der Rechtsverwirklichung; überall aber ist sie eine unzulässige Abkürzung des Rechtsweges, eine Verletzung der Pflicht gegen den Gerichtsherrn, eine Anmassung der ihm allein zustehenden zwangsweisen Rechtsverwirklichung.

Die Selbsthilfe braucht nicht in der Anwendung roher Gewalt zu bestehen; sie kann sich in Rechtsformen kleiden, wie Vollstreckungshandlungen des Zivilprozesses oder der Schuldbetreibung, Steuerexekution u. s. w., die unter andern Umständen am Platze wären, hier aber dem Verfahren die innere Berechtigung nicht verschaffen können. Namentlich kann ein solcher Zwang gegen Angehörige eines andern Kantons geübt werden zur Durchsetzung eines Anspruches gegen den Kanton selbst,' als Retorsionsmassregel oder Repressalie. Während wenigstens ersteres den Kantonen gegenüber auswärtigen Staaten auf dem Gebiete ihrer Souveränität gestattet ist [2]), verbietet es die B.V. gegenüber anderen Kantonen [3]).

Der B. R. entschied am 23. März 1858, es stehe einem Kantone nicht zu, wegen Weigerung eines andern Kantons, ein Zivilurteil gegen einen seiner Bürger zu vollziehen, das Vermögen dieses Bürgers mit Arrest

[1]) Vgl. *Salis,* I, Nr. 52; Botschaft des B.R. vom 23. Nov. 1883, B.Bl. 1883, IV, 524; B.B. vom 21. Dez. 1883, A. S., VII, 322. Die B.Vers. erkannte keinerlei rechtliche oder moralische Verpflichtung zu dieser Hilfeleistung an; die Kompetenz dazu leitete sie aus dem Eingang der B.V. ab: „in der Absicht, ... die Einheit, Kraft und *Ehre* der schweiz. Nation zu erhalten und zu fördern . . . ." Vgl. oben das zum Eingang der B.V. Gesagte S. 48. Über das neuliche Nachlassgesuch der Kantone Zürich und Aargau vgl. B.Bl. 1902, II, 955; 1904, III, 579, 777.

[2]) Unter Vorbehalt des Art. 85, Ziffer 6, und 102, Ziffer 8.

[3]) Vgl. *Ullmer,* I, Nr. 43 u. 197; Art. 60 hat eine andere Bedeutung: er verbietet die Anwendung des Gegenrechtes nicht, weil darin ein Akt der Selbsthilfe liegt, sondern trotzdem darin keiner zu liegen braucht (s. unten Art. *60*).

zu belegen; er habe vielmehr seinen Anspruch auf Vollziehung des Urteils im Rechtswege vor den Bundesbehörden geltend zu machen [1]).

In einem andern Falle erklärte der B.R., es verstosse gegen Art. 14 B.V., wenn die Gerichte eines Kantons einen andern in contumaciam verurteilen, solange die Frage der Kompetenz jener Gerichte von der Bundesbehörde nicht endgültig, nämlich nach dem Entscheid des B.R., in letzter Instanz auch durch die B.Vers., entschieden worden sei [2]).

Das Rechtsmittel gegen verbotene Selbsthilfe ist die staatsrechtliche Beschwerde des betroffenen Kantons gegen den andern beim B. Ger. (Art. 113, Ziffer 2, B.V.), sofern nicht der die verbotene Selbsthilfe übende Kanton dies zugibt. Ist dies der Fall oder entscheidet das B. Ger. im Sinne der Beschwerde, so hat der B.R. für die Vollziehung des anerkannten oder gerichtlich zugesprochenen Anspruchs zu sorgen; in keinem Fall berechtigt die Anwendung von Selbsthilfe den Betroffenen zur Retorsion. In den meisten Fällen wird die Anwendung von Selbsthilfe zugleich die Verletzung des verfassungsmässigen Individualrechtes eines Bürgers sein und dieser wird im Wege des staatsrechtlichen Rekurses die Aufhebung des Selbsthilfeaktes verlangen [3]).

3. Die B.V. gebietet den Kantonen, sich jeder *Bewaffnung* zu enthalten, obgleich darin nur eine Vorbereitungshandlung zur Selbsthilfe zu erblicken ist; die Verfassungskämpfe der Jahre 1830 bis 1848 haben gezeigt, wie gefährlich es ist, wenn zwei Parteien im gleichen Kanton oder in verschiedenen Kantonen sich bewaffnet gegenüberstehen.

4. Art. 14 B.V. weist die streitenden Kantone an, sich der *bundesmässigen Entscheidung* zu unterziehen, d. h. ihren Streit von der zuständigen Bundesbehörde entscheiden zu lassen. Diese Behörde ist in der Regel [4]) das B. Ger. (Art. 110, Ziffer 3 und 113, Ziffer 2, B.V.)

Der Pflicht der Kantone, sich der Entscheidung der Bundesbehörde zu unterwerfen, entspricht die Pflicht dieser, den Streit zu entscheiden. Wenn es sich um interkantonale Verhältnisse handelt, die bundesrechtlich geregelt sind, hat das B.Ger. die einschlägigen Bundesrechtsnormen anzuwenden. Alle interkantonalen Verhältnisse sind aber nicht bundesrechtlich normiert; entsteht Streit über ein solches Verhältnis, so wird das B.Ger. die Frage nach Grundsätzen des Völkerrechts zu entscheiden haben unter Berücksichtigung der durch die bundesstaatliche Verbindung der Kantone bedingten Abweichungen [5]) (vgl. oben Art. 5, S. 238).

---

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 44.

[2]) *Ullmer,* I. Nr. 45.

[3]) *Ullmer,* II, Nr. 730. Selbstverständlich ist nicht jede Überschreitung der Kompetenzgrenze zwischen zwei Kantonen in Verwaltung oder Rechtspflege ein Akt der verbotenen Selbsthilfe, sondern nur diejenige, die zur Durchsetzung eines vorher wirklich oder vermeintlich bestehenden Anspruchs getan wird und auf den Widerspruch des andern Kantons stösst.

[4]) Die Bundesgesetzgebung kennt hiervon einige Ausnahmen, z. B. Art. 16 des Bundesgesetzes betr. den Militärpflichtersatz, vom 28. Brachmonat 1878 (A. S., III, 571)

[5]) Vgl. über einen solchen Fall auf dem Gebiete des Wasserrechts B. Ger. IV, S. 45: es handelte sich darum, ob der Kanton Zürich durch eine Konzession an einem nach dem Kanton Aarau abfliessenden Bach in die Souveränität dieses Kantons eingegriffen habe. Ein *Bundes*rechtsprinzip, an Hand dessen der Streit hätte entschieden werden können, lag allerdings nicht vor, denn der Grundsatz der Gleichberechtigung der Kantone gab für den damaligen Streit durchaus keine Entscheidungsnorm, wie das damit argumentierende Urteil des B. Ger. am besten beweist; aber es ist nicht gesagt, dass alle Streitigkeiten unter Kantonen nach geschriebenem Bundesrecht zu entscheiden seien; B. Ger. V, 192; XXVI, 449.

Art. 15.

Wenn einem Kanton vom Auslande plötzlich Gefahr droht, so ist die Regierung des bedrohten Kantons verpflichtet, andere Kantone zu Hilfe zu mahnen, unter gleichzeitiger Anzeige an die Bundesbehörde und unvorgreiflich den späteren Verfügungen dieser letzteren. Die gemahnten Kantone sind zum Zuzuge verpflichtet. Die Kosten trägt die Eidgenossenschaft.

I. Geschichte [1].

Der Hauptzweck der Alten Bünde war die gegenseitige Verteidigung der Kantone gegen fremde Angriffe, und die wichtigste Bestimmung dieser Bünde war diejenige, welche die Hülfspflicht der Bundesgenossen untereinander, ihre Voraussetzungen und ihren Umfang festsetzte; die formelle Beanspruchung der Hülfe hiess Mahnung. Da das Wehrwesen nicht eidgenössisch verwaltet war, ja bis zum eidgenössischen Defensionale von 1668 nicht einmal nach einheitlichem Plane, so wäre es ein unnötiger Umweg gewesen, das Hülfegesuch an den Vorort oder gar an die Tagsatzung zu richten. Die Hülfspflicht bestand übrigens nur von Kanton zu Kanton und nach Massgabe des zwischen dem Mahnenden und dem Gemahnten geltenden Bundes. Nur wenn eine Gesamtaktion veranlasst werden wollte, musste die Tagsatzung angegangen werden.

Nach vollständiger Zentralisation des Wehrwesens unter der *Helvetik* wurde das Militär unter der *Mediationsakte* im wesentlichen wieder kantonal; die Verfügung über die kantonalen Kontingente legte die B.V. aber in die Hände der Tagsatzung (Art. 34) und erwähnte nirgends das Recht der einzelnen Kantone, sich gegen aussen zu verteidigen oder andere Kantone zu Hülfe zu rufen, wenn nicht Art. 20 auch auf diesen Fall zu beziehen ist [2]).

Der *Bundesvertrag von 1815* liess zwar die Militärhoheit bei den Kantonen; er gab ihnen aber auch das Recht zurück, sich gegen Angriffe von aussen zu verteidigen und andere Kantone zur Hülfe zu mahnen, unter sofortiger Benachrichtigung des Vorortes (vgl. den bei Art. *16* angeführten § IV).

Bei teilweiser Vereinheitlichung des Militärwesens enthielt der *Entwurf von 1833*, Art. 10, Abs. 1, eine der heutigen durchaus ähnliche Bestimmung (vgl. Art. *16* hiernach!); die Kommission der Tagsatzung ersetzte das Wort «berechtigt» im ersten Satzteil durch «verpflichtet», ohne Angabe des Grundes.

Die *Revisionskommission von 1847* nahm die eingangs redaktionell veränderte Bestimmung des 1833er Entwurfs wieder auf und die Tagsatzung gab ihr die heutige Fassung. Der Antrag, über den Kostenpunkt

---

[1]) *Hans Weber*, Die Hülfsverpflichtungen der XIII Orte. Jahrb. für schweizerische Geschichte, XVII, 1892, S. 29 ff.

[2]) *G. Vogt*, Zur Charakteristik der Schweiz. Mediationsakte, S. 14, 16.

hinzuzufügen: «wenn nicht ausnahmsweise die Bundesbehörde etwas anderes beschliesst», wurde ebenso abgelehnt wie der Antrag, über die Kosten gar nichts zu sagen; es sollten die Kantone nicht durch die Befürchtung, die Kosten selber tragen zu müssen, eingeschüchtert werden [1].

Die N. R. K. von *1871* lehnte einen Antrag, Art. 15 zu streichen, mit der Begründung ab, Grenzkantone könnten noch in die Lage kommen, Gebrauch davon zu machen; der N. R. selbst dagegen hiess den Antrag, Art. 15 als eine historische Antiquität zu streichen, gut, kam aber auf seinen Beschluss zurück, als der St. R. das Gegenteil beschlossen hatte [2]. Der St. R. behielt den Artikel bei, weil Ausnahmsfälle eintreten können, wo eine Verbindung nur noch mit Nachbarkantonen möglich sei, und mit Rücksicht auf die Bestimmung betr. Tragung der Kosten [3]. In der Revision von 1873 wurde Art. 15 nicht weiter angefochten.

II. Auslegung.

Im System der B. V. liegt es in erster Linie dem Bunde ob, für die Verteidigung des schweizerischen Gebiets nach aussen zu sorgen. Die B. Vers. (Art, 85, Ziffer 6) und der B. R. (Art. 102, Ziffer 9) wachen für die äussere Sicherheit der Schweiz; die Bundesbehörden können zu diesem Zweck über das Bundesheer verfügen (Art. 19, Abs. 2 u. 4). Als Ausnahme von diesen Regeln berechtigt, ja verpflichtet nun Art. 15 die Kantone, bei plötzlicher Gefahr von aussen von sich aus die Verteidigung zu organisieren und andere Kantone zur Hülfe zu mahnen. Die ganze Fassung des Artikels beweist, dass er aus einer andern Zeit stammt, wo die Kantone in erster Linie über das Heer verfügten und wo die einzelnen Kantone, als die wirklich Bedrohten, sich zu verteidigen hatten: das Schwergewicht der Bestimmung ruht nicht, wie man heute naturgemäss hineinliest, darauf, dass die Kantone im Gegensatz zum Bunde Verteidigungsmassregeln zu treffen haben, sondern darauf, dass der bedrohte Kanton andere zur Hülfe mahnen kann; das erstere war vor 1848 selbstverständlich. Man könnte nun argumentieren, Art. 15 spreche gar nicht vom Recht der Kantone, von sich aus Verteidigungsmassregeln zu treffen, sondern setze es voraus; diese Voraussetzung sei aber angesichts der Art. 85, 102 und 19 der B. V. unrichtig und damit falle die ganze Bestimmung dahin. Diese Schlussfolgerung wäre aber unrichtig, weil sie zur Annahme zwingt, die B. V. habe eine von vornherein ungültige Bestimmung enthalten. Art. 15 gibt vielmehr den Kantonen das Recht selbständiger Verteidigung, eben weil er dieses Recht deutlich voraussetzt und ohne dasselbe unverständlich wäre, aber unter tatsächlichen Voraussetzungen, die heute nicht mehr eintreffen werden. Im System der heutigen B. V. ist als selbstverständliche Voraussetzung der Anwendung von Art. 15 anzunehmen, dass die Kantone durch rascheres Vorgehen die Sicherheit der Schweiz besser zu wahren

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 19, 163. Schon hier wurde das Vorgehen der Kantone als Ausnahme bezeichnet. Absch. 1847, IV, 65, 66, 250.

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 108; des N. R. 1871—1872, S. 64, 526; Prot. der eidg. Räte 1873—1874, S. 4, 308.

[3]) Prot. des St. R. vom 16. Januar 1872.

imstande sind als der Bund; sind sie das nicht, weil der Bund eben so rasch die erforderlichen militärischen Anordnungen treffen kann als sie oder weil sie durch ihr Zuvorkommen die späteren Massnahmen des Bundes durchkreuzen und erschweren würden, so sollen sie sich jeder Anordnung enthalten; heute wird aber einer dieser Enthaltungsgründe stets vorliegen. Art. 15 ist daher unpraktisch geworden [1].

Art. 16.

Bei gestörter Ordnung im Innern, oder wenn von einem andern Kanton Gefahr droht, hat die Regierung des bedrohten Kantons dem Bundesrate sogleich Kenntnis zu geben, damit dieser inner den Schranken seiner Kompetenz (Art. 102, Ziffer 3 und 11) die erforderlichen Massregeln treffen oder die Bundesversammlung einberufen kann. In dringenden Fällen ist die betreffende Regierung befugt, unter sofortiger Anzeige an den Bundesrat, andere Kantone zur Hilfe zu mahnen, und die gemahnten Stände sind zur Hilfeleistung verpflichtet.

Wenn die Kantonsregierung ausser Stande ist, Hilfe anzusprechen, so kann, und wenn die Sicherheit der Schweiz gefährdet ist, so soll die kompetente Bundesbehörde von sich aus einschreiten.

In Fällen eidgenssöischer Intervention sorgen die Bundesbehörden für Beachtung der Vorschriften von Art. 5.

Die Kosten trägt der mahnende oder die eidgenössische Intervention veranlassende Kanton, wenn nicht die Bundesversammlung wegen besonderer Umstände etwas anderes beschliesst.

I. Geschichte.

Das Bundesrecht der alten Eidgenossenschaft kannte bereits die eidg. Intervention; sie wurde in verschiedener Form geübt, in analoger Anwendung der bundesmässigen Hülfspflicht und des eidg. «Rechts» der Kantone untereinander und aus eidg. Freundschaft überhaupt [1].

---

[1]) *Blumer-Morel*, I, 238; *Dubs*, II, 173; *Schollenberger*, 166.

Die *Mediationsakte* enthielt folgende Bestimmung: Art. 20. «Im Falle eines Aufstandes im Innern eines Kantons, oder irgend eines andern dringenden Bedürfnisses, lässt der Landammann Truppen von einem Kanton in den andern marschieren, jedoch nur auf Verlangen des Grossen oder Kleinen Rats des Hülfe begehrenden Kantons und auf Einholung des Gutachtens vom Kleinen Rate des Direktorialkantons; mit dem Vorbehalte, dass nach Unterdrückung der Feindseligkeiten oder bei fortdauernder Gefahr die Tagsatzung von ihm zusammenberufen werde.»

§ IV des *Bundesvertrages von 1815* behandelte sowohl den Fall der äusseren wie der inneren Gefahr:

«Im Falle äusserer oder innerer Gefahr hat jeder Kanton das Recht, die Mitstände zu getreuem Aufsehen aufzufordern. Wenn in einem Kanton Unruhen ausbrechen, so mag die Regierung andere Kantone zur Hülfe mahnen; doch soll sogleich das Vorort davon benachrichtigt werden; bei fortdauernder Gefahr wird die Tagsatzung, auf Ansuchen der Regierung, die weiteren Massregeln treffen. — Im Fall einer plötzlichen Gefahr von aussen mag zwar der bedrohte Kanton andere Kantone zur Hülfe mahnen; doch soll sogleich das Vorort davon in Kenntnis gesetzt werden; diesem liegt ob, die Tagsatzung zu versammeln, welcher alle Verfügungen zur Sicherheit der Eidgenossenschaft zustehen. — Der oder die gemahnten Kantone haben die Pflicht, dem Mahnenden Hülfe zu leisten. — Im Fall äusserer Gefahr werden die Kosten von der Eidgenossenschaft getragen; bei inneren Uuruhen liegen dieselben auf dem mahnenden Kanton, es wäre denn Sache, dass die Tagsatzung, wegen besondern Umständen, eine andere Bestimmung treffen würde [2].»

Die *Entwürfe von 1832* und *1833* regelten die Frage in etwas abweichender Weise. Art. 10 (1832):

«Im Falle plötzlicher Gefahr von aussen ist die oberste Vollziehungsbehörde jedes Kantons berechtigt, die benachbarten Kantone zur Hülfe zu mahnen, unter gleichzeitiger Anzeige an die Bundesbehörde und unvorgreiflich ihrer späteren Verfügungen. Der oder die gemahnten Kantone sind zum Zuzuge verpflichtet. Die Kosten trägt die Eidgenossenschaft. — Gleiches Recht und gleiche Pflicht haben die Kantone bei gestörter Ordnung in ihrem Innern. Die Kosten *des Zuzuges* trägt der mahnende Kanton.»

Der Entwurf von 1833 ersetzte im ersten Absatz das Wort: «berechtigt» durch «verpflichtet» und redigierte den zweiten Absatz folgendermassen:

«Bei gestörter Ordnung im Innern ist die gesetzgebende Behörde des betreffenden Kantons und, wenn diese nicht berathen werden konnte, die oberste Vollziehungsbehörde desselben befugt, die nämliche Hülfe anzurufen, und der oder die gemahnten Kantone sind zur Hülfeleistung verpflichtet. Die Kosten trägt der mahnende Kanton, es wäre denn, dass die oberste Bundesbehörde wegen besonderer Umstände eine andere Bestimmung treffen würde.»

---

[1]) Vgl. H. *Weber*, Die Hülfsverpflichtungen der XIII Orte; Jahrbuch für schweiz. Geschichte, XVII, S. 367–454; *Hilty*, Polit. Jahrbuch, VI, S. 1; *Bluntschli*, Gesch. des Schweiz. Bundesrechts, I., S. 419.

[2]) Vgl. auch § VIII, Abs. 7 und die Entwürfe zum Bundesvertrag bei *Kaiser* u. *Strickler*, T., S. 155, 164.

Über die Kompetenzen der Bundesbehörde enthielt aber der Entwurf von 1832 weitergehende Bestimmungen in Art. 52, lit. *m*, mit denen die bisherigen Streitfragen beseitigt werden sollten:

«Die Tagsatzung handhabt die Ordnung im Innern. -- Zu diesem Ende schreitet sie unbedingt ein auf das Begehren der obersten Vollziehungsbehörde des betreffenden Kantons. (Nach Entwurf von 1833, Art. 47, lit. *k*: «auf Begehren der gesetzgebenden Behörde des betreffenden Kantons und, wenn diese nicht beraten werden konnte, der obersten Vollziehungsbehörde».) — Sie schreitet aber auch ohne Begehren derselben ein, in folgenden Fällen: — 1. Bei gemeingefährlichen Unruhen, die der Kanton nicht selbst zu heben vermag; — 2. bei gewalttätigem Umsturz einer Kantonsregierung, oder wenn diese überhaupt ausser stande ist, die Hülfe des Bundes anzusprechen; — 3. wenn sich die Unruhen über zwei oder mehrere Kantone verbreiten. — Im Fall bewaffneten Einschreitens in die Angelegenheiten eines Kantons soll die oberste Behörde desselben sofort einberufen werden. — Nach vorangegangener Herstellung der gesetzlichen Ordnung (Entwurf 1833: «Herstellung der öffentlichen Ruhe und Ordnung . . .») wird von Seite des Bundes ein Untersuch (Entwurf 1833: eine Untersuchung») über Veranlassung und Ursache der Unruhen vorgenommen (Entwurf 1833: «und eine Ausgleichung versucht») werden. Kann durch eidg. Vermittlung keine gütliche Beilegung der obwaltenden Anstände erzielt werden, so verfügt die Tagsatzung mit Beachtung der Art. 5 und 6 und weiset das nach Art. 102 *c* und 103 *e* in die gerichtliche Kompetenz Einschlagende zum Entscheid an das B. Ger. — Die Kosten der eidg. Dazwischenkunft bezahlt in jedem Fall der beteiligte Kanton. Der Tagsatzung steht aber das Recht zu, wenn sie die Intervention unangerufen angeordnet hat, einen Nachlass zu bewilligen.» (Entwurf 1833: «Die Kosten des eidg. Einschreitens trägt der beteiligte Kanton, es wäre denn, dass die Tagsatzung wegen besonderer Umstände eine andere Bestimmung treffen würde.»)

Die Tagsatzungskommission *vom Jahre 1848* schlug der Tagsatzung einen dem heutigen sehr ähnlichen Art. 46 vor:

«Bei gestörter Ordnung im Innern oder wenn von einem andern Kanton Gefahr droht, ist die Regierung des betreffenden Kantons befugt, andere Kantone zur Hülfe zu mahnen, und die gemahnten Stände sind zur Hülfeleistung verpflichtet. Der B. R. ist aber sogleich hiervon in Kenntnis zu setzen, damit er inner den Schranken seiner Kompetenz (Art. 85, Nr. 10) die erforderlichen Massregeln treffen und die B. Vers. einberufen kann. — Wenn die Kantonsregierung ausser stande ist, Hülfe anzusprechen, oder wenn die Sicherheit der Schweiz gefährdet wird, so kann die kompetente Bundesbehörde von sich aus einschreiten. — In Fällen eidg. Intervention sorgen die Bundesbehörden für Beachtung der Vorschriften von Art. 5 [1]). — Die Kosten trägt der mahnende oder die eidg. Intervention veranlassende Kanton, wenn nicht die B. Vers. wegen besonderen Umständen etwas anderes beschliesst.»

Auf Antrag *Zürichs* gab die Tagsatzung dem *1. Absatz* die jetzige Fassung, wozu *Bern* zustimmend bemerkte, es dürfe dem Kanton nicht

---

[1]) Dieser Absatz wurde in der zweiten Beratung des Entwurfs durch die Kommission aufgenommen. Prot. S. 163.

überlassen bleiben, durch Beiziehung anderer Kantonstruppen sich zu helfen, sondern vielmehr sei die Bundesbehörde berufen, unmittelbar einzuschreiten[1]. — *Absatz 2* wurde auf Antrag *Solothurns* so redigiert, wie er heute lautet.

In den Revisionsverhandlungen von *1871—1872* und *1873—1874* wurde Art. 16 unverändert und ohne Diskussion beibehalten.

II. Auslegung.

A. Interventionsfälle.

1. Zum erstenmal seit 1848 machte der Bund Gebrauch von seinem Interventionsrecht, als im *Februar 1855 im Kanton Tessin* eine Art Pronunciamento ausgerufen wurde; auf die Nachricht der Ermordung des Liberalen de Giorgi versammelte sich das Volk in Locarno, bestellte zur Durchführung eines gleichzeitig aufgestellten politischen Programms (Verfassungsrevision, Neuwahl der Behörden u. a. m.) einen Ausschuss, der sich aus Delegierten anderer Kantonsteile zum liberalen Komitee ergänzte; aus den Offizieren der regulären Truppen wurden die militärischen Führer des bewaffneten Volkes bestellt. «Es war das als Landwehr organisierte Volk unter der Anführung der gewöhnlichen Chefs, eine Art improvisierte Bügerwehr.» Die gesetzliche Regierung machte sich mit dem und für den liberalen Ausschuss verantwortlich, um einige Einwirkung auf die Bewegung zu behalten, und teilte gewissermassen die Regierungsgewalt mit ihm. Der B. R. begnügte sich damit, zuerst selber durch Briefwechsel, dann durch einen Kommissär, Oberst Bourgeois, durch Überredung auf die Wiederherstellung des gesetzlichen Zustandes hinzuwirken. Der Kommissär erlangte die Entfernung der bewaffneten Macht aus dem Hauptort während der Grossratssitzungen, die Entlassung derselben vor den Nationalratswahlen, die Freilassung der meisten Verhafteten, die Amnestie für die Führer der Oppositionspartei und die gerechtere Verteilung des Zwangsanleihens. Die Intervention, welche noch einigermassen im Stile der vorörtlichen Interventionen vor 1848 gehalten ist, kennzeichnet der Kommissär selber mit den Worten: «Die Hauptbedingung eines glücklichen Erfolges aber bestand darin, dass es mir gelang, das Zutrauen der Regierung und des Ausschusses zu erwerben und meine Intervention nicht verhasst zu machen, indem ich mir den Anschein gegeben hätte, mehr und Besseres als sie zu bewirken[2].»

2. Die zweite Intervention fand statt beim *royalistischen Aufstand in Neuenburg* vom Jahre *1856*. In der Nacht vom 2. auf den 3. Sept. hatten royalistische Truppen das Schloss in Neuenburg besetzt und vier Mitglieder des Staatsrates gefangen genommen. Der B. R. beschloss am 3. September, seine Mitglieder Fornerod und Frey-Hérosée als eidgenössische Kommissäre nach Neuenburg zu senden mit dem Auftrage,

---

[1]) Abschiede 1847, IV, 66—68, 250.

[2]) Bericht der N. R. K. über die am 11. März 1855 im 40. und 41. Wahlkreis (Tessin) stattgehabten Nationalratswahlen, vom 7. Juli 1855. B. Bl. 1855, II, 193, 217; Botsch. des B. R. über die Gewährleistung der revidierten Tessiner Verfassung, v. 29. Juni 1855; B. Bl. 1855, II, 451; B. Bl. 1856, I, 299; II, 59.

die verfassungsmässigen Behörden wieder in ihr Amt einzusetzen und einen blutigen Zusammenstoss der Parteien zu verhindern. Bern und Waadt wurden aufgefordert, zwei Bataillone aufzubieten und in Bereitschaft zu halten; weitere Aufgebote wurden später den Kantonen Bern und Solothurn befohlen. Diese eidgenössischen Truppen marschierten aber in Neuenburg nicht ein: Die von Oberst Denzler geführten republikanischen Truppen nahmen selber das Schloss nach kurzem Gefecht wieder ein und stellten die verfassungsmässige Ordnung wieder her. Die Tätigkeit der eidgenössischen Kommissäre im Kanton Neuenburg beschränkte sich auf Unterhandlungen mit den Anführern der Aufständischen de Pourtalès und de Meuron, die zu keinem Resultat führten. Der Aufstand hatte ein ernstes dipomatisches Nachspiel, das mit dem Pariser Vertrag vom 26. Mai 1857 seinen Abschluss fand [1]).

3. Am 22. August *1864* fand in *Genf* die Wahl eines Staatsrates durch das Volk statt; der Kandidat der «Indépendants», Chenevière, erhielt 5677, derjenige der Radikalen, James Fazy, 5340; das Wahlbureau kassierte aber die Wahl, ohne einen bestimmten Grund anzugeben. Es kam zwischen beiden Parteien zum Strassenkampf. Der B. R. wurde von diesen Ereignissen bloss durch Privattelegramme in Kenntnis gesetzt, welche die Lage als bedrohlich schilderten. Er ernannte sein Mitglied Fornerod als eidgenössischen Kommissär und sandte ihn nach Genf; Fornerod gesellte sich in Freiburg als zweiten Kommissär Oberst Barman bei. Das Interventionsgesuch der Genfer Regierung langte erst an, als diese Beschlüsse gefasst waren. Die Kommissäre boten im Kanton Waadt einige Bataillone auf, die am 23. und 24. in Genf einrückten. Der Mannschaftsbestand in Genf stieg vorübergehend über 2000 Mann an, worauf die Kommissäre vom B. R. ersucht wurden, denselben durch Entlassung eines Teils der Truppen wieder auf 2000 Mann herabzusetzen.

Da in Genf allseitige Übereinstimmung darin herrschte, dass keine Kantonalbehörde den Entscheid des Wahlbureaus zu kassieren berechtigt sei, auf der andern Seite aber sowohl den Behörden als der grossen Mehrheit der Bevölkerung die Notwendigkeit einer Annullierung jenes Entscheides einleuchtend war, so machte sich sehr rasch der Gedanke geltend, auch in dieser Beziehung die Intervention der Bundesbehörde anzusprechen. Der Grosse Rat von Genf beschloss, s. z. s. einmütig, einen Rekurs an den B. R., der den Kommissären übermittelt wurde. Der B. R. beschloss am 2. Sept. 1864, in Anwendung der Art. 2, 5 und 90, Ziffer 2, 3 und 10, der B. V. — in Betracht: . . . 5) «dass der B. R, unter solchen Umständen zum Entscheid berufen, um so mehr im Falle ist, das Recht und den Entscheid des Conseil général (d. h. des Wahlkörpers) zu schützen, als in Genf keine Behörde kompetent ist, den ungerechtfertigten Beschluss des Wahlbureaus aufzuheben, daher die obersten Behörden des Kantons Genf es teils als rechtliche, teils als politische Notwendigkeit erachten, dass die Bundesbehörde durch Regelung dieser Wahlangelegenheit Hand biete, den tieferschütterten Frieden wieder herzustellen» — es sei der Entscheid des Bureaus des Conseil général vom 22. Aug. aufgehoben und die Wahl von Chenevière als Mitglied des Staatsrates gültig erklärt.

---

[1]) B. Bl. 1856, II, 389—394; 485; 509; 741. Vgl. 1857, I, 189

Abgesehen von den militärischen Anordnungen zur Herstellung der äusseren Ordnung, trafen die Kommissäre eine Anzahl Verfügungen administrativer Natur: Verlegung des Zeughauses in Grand Pré, Verschiebung der Gedenkfeier des Anschlusses Genfs an die Eidgenossenschaft, Anbahnung von Verbesserungen der Fremdenpolizei, Verschiebung der Wahl eines Nationalrates im Rahmen der genferischen Gesetzgebung [1]).

Die B. Vers. genehmigte die vom B. R. getroffenen Massnahmen durch B. B. vom 29. Sept. 1864 (A. S., VIII, 153).

4. Das *tessinische* Volk hatte am *6. Febr. 1870* die Verfassungsrevision beschlossen und zugleich über einige grundsätzliche Fragen entschieden, u. a. darüber, dass an Stelle des von 6 zu 6 Jahren wechselnden Hauptortes Bellinzona, Lugano und Locarno, fortan nur ein einziger Hauptort sein solle. Während der Revisionsverhandlungen entbrannte der Streit namentlich zwischen den Anhängern von Lugano und denjenigen von Bellinzona über die Wahl des Hauptortes. Als die Vertreter des Sotto-Cenere sahen, dass sich die Mehrheit des Grossen Rates für Bellinzona aussprechen würde, verliessen sie, 51 an der Zahl, den Saal und erklärten ihren Austritt aus dem Grossen Rat; an den angeordneten Neuwahlen nahm die Bevölkerung nicht teil, und es wurde das Begehren der Trennung des südlichen Kantonsteils vom nördlichen laut. Der Grosse Rat beriet den Verfassungsentwurf Anfang Juli 1870, ohne die Vertreter des südlichen Kantonsteiles, zu Ende und ordnete die Volksabstimmung auf den 11. September an. Der Staatsrat weigerte sich aber, diese Schlussnahme zu vollziehen, und beschwerte sich darüber beim B. R., weil die Verfassungsrevision wie jedes andere aus der Initiative des Grossen Rates hervorgehende Gesetz einer zweimaligen Beratung bedürfe. Der B. R. sandte die Beschwerde zur Vernehmlassung an den Präsidenten des Grossen Rates, der, um sie beantworten zu können, den Grossen Rat ausserordentlicherweise einberufen wollte; der Staatsrat wollte diese Einberufung, weil verfassungswidrig, nicht zugeben und verlangte Verschiebung auf die nächste ordentliche Sitzung. Bei dieser Sachlage hielt es der B. R. für angezeigt, eine gütliche Verständigung zwischen den streitenden Parteien zu versuchen; er ernannte die Nationalräte Karrer und Oberst Dunand zu eidg. Kommissären mit der Instruktion: 1. den Behörden und dem Volke des Kantons Tessin zur Kenntnis zu bringen, dass die Eidgenossenschaft eine Trennung des Kantons nicht bewilligen werde; 2. die Regierung aufzufordern, sofort Ersatzwahlen für die ausgetretenen Grossräte anzuordnen und den betreffenden Kreisen selbst zu eröffnen, dass für den Fall, als einzelne oder mehrere Kreise ihrer Bürgerpflicht nicht ungesäumt nachkommen würden, eine sofortige militärische Okkupation derselben durch eidg. Truppen erfolgen werde; 3. dem Grossen Rat zu empfehlen, die doppelte Beratung des Verfassungsprojektes zu beschliessen, und 4. durch freundliche Einwirkung auf die streitenden Parteien alle Fragen zu beseitigen suchen, welche den Trennungsbestrebungen Nahrung geben könnten.

---

[1]) Botschaft des B. R. v. 23. Sept. 1864 und Bericht der Kommissäre: B. Bl. 1864, II, S. 740 ff.; III, 228; B. Bl. 1865, II, 215; 27. *Blumer-Morel,* I, S. 284.

An den Ergänzungswahlen vom 13. Nov. beteiligten sich von den 17 Kreisen des Sotto-Cenere nur drei[1]. Der B. R. rief infolge dieses Ergebnisses die Kommissäre zurück und lud das Militärdepartement ein, eine eventuelle militärische Okkupation vorzubereiten. Der unvollständige tessinische Grosse Rat versammelte sich am 21. Nov., nahm in 2. Abstimmung den Verfassungsentwurf unverändert an und setzte die Volksabstimmung auf den 8. Januar 1871 an. Der Staatsrat rekurrierte gegen diese Beratung des Verfassungsentwurfes und einer Anzahl Dekrete über öffentliche Bauten über 3 Millionen, da der Grosse Rat nicht beschlussfähig gewesen sei. — Anderseits hatten die Gemeinde Lugano und andere schon am 10. Nov. an den B. R. und eventuell an die B. Vers. eine Beschwerde gerichtet, worin sie die Anerkennung der Trennung des Kantons verlangten und gegen die Androhung militärischer Okkupation protestierten. Die B. Vers. fasste am 24. Dez. 1870 folgenden Beschluss:

1. «Die Einheit des Kantons Tessin soll unter allen Umständen gewahrt bleiben, und es kann eine Trennung in zwei Halbkantone als mit den Interessen der Eidgenossenschaft und des Kantons selbst unvereinbar nicht zugegeben werden.»

2. «Die B. Vers. appelliert an den Patriotismus und die eidgenössische Gesinnung der entzweiten Bürger Tessins, und ladet den B. R. ein, zum Behufe einer dauernden Pazifikation dieses Kantons einen neuen Vermittlungsversuch anzubahnen und über dessen Resultat ihr Bericht und Antrag zu hinterbringen.»

«Inzwischen bleibt die Entscheidung über die anhängigen Rekurse gegen die Beschlüsse des Grossen Rates, sowie die Volksabstimmung über den Verfassungsentwurf aufgeschoben.»[2]

Der Grosse Rat des Kantons Tessin versammelte sich darauf wieder und verschob die Volksabstimmung über die Verfassung und die Grossratswahlen im Sotto-Cenere (bis zur Gesamterneuerung des Grossen Rates am 15. Februar). Am 11. Februar ordnete der B. R. den Minister Pioda in offiziöser Mission nach dem Tessin ab, damit er durch seine Gegenwart und seine Tätigkeit zur Pazifikation der Gemüter und zur Aufrechterhaltung der Ordnung beitrage. Er berief denn auch Konferenzen von Vertretern beider Kantonsteile zusammen, die sich dahin verständigten, dass der Grosse Rat und der Staatsrat vom 3. März 1869 an von 12 zu 12 Jahren je in Bellinzona oder in Lugano ihren Sitz haben werden, nebst anderweitiger Verteilung der obersten kantonalen Gerichtsbehörden. Auf dieser Basis wurde dann auch der Verfassungsentwurf umgeändert und am 11. März 1871 durch den Grossen Rat angenommen. Pioda wurde Ende August 1871 seines Auftrages entledigt[3].

4. Ein Siegesfest, welches die in *Zürich* wohnenden Deutschen am 9. März 1871 in der *Tonhalle* feierten, wurde in tumultuarischer Weise

---

[1] Die Kommissäre hatten etwas ungeschickt die Drohung mit militärischer Okkupation bekannt gemacht.

[2] B. Bl. 1871, I. 10.

[3] Botschaft des B. R. vom 2. Dez. 1870 über den Rekurs von Lugano, B. Bl. 1870, III 768; Nachtrag vom 10. Dez. 1870, B. Bl. 1870, III, 1027; Bericht der Mehrheit der St. R. K. über die Tessiner Angelegenheit, vom 17. Dez. 1870 f., B. Bl. 1871, I, 25; Bericht der Minderheit der St. R. K. vom 17. Dez. 1870, B. Bl. 1871, I, S. 38. Geschäftsbericht des polit. Depts. für 1871, B. Bl. 1872, II, 90.

gestört, wobei einige Arbeiter verhaftet wurden. Andere Arbeiter griffen nun am 10. und 11. März die Strafanstalt an, um die Gefangenen zu befreien. Die Regierung von Zürich telegraphierte am 11. März nachmittags dem B. R.: «Es steht eine Revolution bevor von unklarem, aber drohendem Charakter. Wir bitten um eidgenössisches Aufsehen.» Und zwei Stunden später: «Situation kritisch, Zuverlässigkeit eines Teiles aufgebotener Truppen zweifelhaft.» Der B. R. sandte hierauf einen eidgenössischen Kommissär nach Zürich, dem bald 4 Bataillone Infanterie und 2 Batterien Artillerie nachfolgten; doch konnten diese Truppen, deren Ankunft sofort die Ordnung wieder herstellte, bald wieder entlassen werden [1]).

5. Durch Beschluss vom 17. März *1876* hatte die B. Vers. den Rekurs Mordasini u. K. gutgeheissen und erklärt, es sei Art. 32 der *Tessiner Verfassung,* wonach jeder Kreis gleich viel Vertreter im Grossen Rate hatte, aufzuheben und durch eine Wahlart im Verhältnis der Bevölkerung zu ersetzen. Der Grosse Rat arbeitete darauf eine Verfassungsrevision aus, auf Grund deren als Repräsentationsbasis die inländische und ausländische tessinische, sowie die domizilierte schweizerische Bevölkerung genommen werden sollte. Der Staatsrat weigerte sich aber, dieses Verfassungsdekret zur Abstimmung zu bringen, weil er die darin angenommene Repräsentationsbasis als unzulässig und den nach altem Modus gewählten Grossen Rat nicht mehr als kompetent erachtete, eine Verfassungsrevision vorzunehmen. Der B. R. beschloss, auf Beschwerde hin, am 17. Juni 1876, es habe die Volksabstimmung über das Verfassungsdekret stattzufinden, und setzte sie auf den 19. Nov. an: über den bundesrechtsmässigen oder -widrigen Inhalt des Verfassungsdekretes werde s. Z. bei Erteilung der eidgen. Garantie zu entscheiden sein. Auf Begehren der patriotischen Vereine ordnete indessen der tessinische Staatsrat am 20. Okt. eine Neuwahl des Grossen Rates auf den 5. Nov. an unter Zugrundlegung des Verhältnisses von 1 Vertreter auf 1070 Seelen Wohnbevölkerung. Dieser Beschluss rief unter den Parteien eine fieberhafte Aufregung hervor; in Stabio, wo am 22. ein Schützenfest abgehalten wurde, entfachte sich aus unbedeutendem Anlass ein blutiger Kampf zwischen einer Anzahl Liberalen und Konservativen. Der B. R. hatte sein Mitglied Bavier am 15. Okt. zur Berichterstattung nach dem Tessin abgeordnet; am 24. Okt. ernannte er ihn zum eidgenössischen Kommissär und stellte das thurgauische Infanterieregiment Nr. 25 auf Marschbereitschaft. Diese Truppen kamen indessen nicht zur Verwendung; die Ordnung wurde unter Mitwirkung des Kommissärs durch die tessinischen, vom Staatsrate aufgebotenen Truppen wieder hergestellt. «Den eifrigen Bemühungen des Kommissärs gelang es bald, die äusserliche Ruhe wieder herzustellen und zur Beruhigung der erhitzten Geister wesentlich beizutragen.» Am 1. Dez. 1876 wurde der Kommissär auf unbestimmte Zeit beurlaubt und die Pikettstellung des 25. Infanterieregiments wieder aufgehoben. Schon am 20. Okt. hatte der B. R. verlangt, dass die Grossratswahlen bis zu seinem Entscheid über die Rechtsgültigkeit der staatsrätlichen Anordnung verschoben werden und entschied dann am 7. Nov., der staatsrätliche Beschluss vom

---

[1]) Botschaft des B. R. v. 4. Dez. 1872 (B. Bl. 1872, III, 823) betr. Tragung der Interventionskosten; Bericht der St. R. K. v. 17. Dez. 1872 (B. Bl. 1973, I, 197). *Blumer-Morel*, I, S. 286.

20. Okt. sei aufzuheben und die Volksabstimmung über das Verfassungsdekret vom 6. Mai habe stattzufinden. Die Parteien verständigten sich aber dahin, es solle das grossrätl. Dekret v. 6. Mai vorerst vom Grossen Rat derart abgeändert werden, dass es Aussicht auf die eidgenössische Gewährleistung habe, nämlich im Sinne der Verteilung der Grossratsmandate im Verhältnis der Wohnbevölkerung, was der Grosse Rat durch Beschluss vom 24. Nov. 1876 wirklich tat. Hiergegen rekurrierte wiederum Mola mit der Begründung, der auf verfassungswidriger Basis ernannte Grosse Rat sei zu dem Beschluss nicht kompetent gewesen. Der B. R. wies den Rekurs ab, da der einmal gemäss der bestehenden Verfassung gewählte Grosse Rat zu allen grossrätlichen Funktionen kompetent zu erachten sei; der Bund hätte wohl nicht die Kompetenz, anders zu entscheiden, ausgenommen im Falle politischen Notstandes; ein solcher Entscheid hätte auch die grössten praktischen Schwierigkeiten zur Folge, da dem B. R. nichts anderes übrig bliebe, als interimistisch im Kanton Tessin Gesetzgebung und Verwaltung selbst zu übernehmen. — Das Verfassungsdekret vom 24. Nov. 1876 erhielt am 22. Dez. 1876 die eidg. Garantie [1]).

6 [2]). Am 3. März *1889* sollten im Kanton *Tessin* die *Grossratswahlen* stattfinden; wegen angeblich rechtswidrig vorgenommener oder verweigerter Eintragungen ins Stimmregister, namentlich im Ausland wohnender Tessiner, wurde der B. R. mit Rekursen bestürmt. Zur Instruierung dieser Rekurse und um die Geister zu beruhigen, sandte der B. R. am 2. März Borel als seinen Delegierten nach dem Tessin, mit der Vollmacht, eventuell auch als Kommissär aufzutreten. Die Regierung des Kantons Tessin hatte dem B. R. telegraphisch mitgeteilt, dass sie, Unruhen befürchtend, eine Kompagnie regulärer Truppen aufgeboten habe. Der B. R. erhielt ausserdem durch Privatdepeschen die Nachricht, dass bewaffnete Scharen (es war das durch Freiwillige und Unberufene über das gesetzliche Mass, nämlich 150 Mann, gemäss Staatsratsbeschluss verstärkte Landjägerkorps) die Verbindung auf dem Monte Cenere abgeschnitten hätten, dass die italienische Regierung Truppen an der Grenze aufgestellt habe und dass die Parteien aufs höchste aufgebracht seien. Der B. R. befahl seinem Delegierten, als eidg. Kommissär aufzutreten, den Befehl über die aufgebotenen Truppen zu übernehmen, und liess zugleich ein Zürcher Bataillon im Tessin einrücken; er sandte zur Instruktion der unter die Strafgerichtsbarkeit des Bundes fallenden Verbrechen (Art. 112, Ziffer 3, B. V. und Art. 52 B. St. R.; 12 ff. B. St. R. Pfl.) einen Bundesanwalt und einen Bundesuntersuchungsrichter nach dem Tessin. Der eidg. Kommissär wurde ermächtigt, den telegraphischen Verkehr in den Bureaux des Kantons Tessin zu überwachen und, wenn er dies zur Erhaltung der öffentlichen Ruhe und Ordnung nötig erachte, die Übermittlung von Telegrammen zu verbieten [3]). Der eidg. Kommissär ordnete die Freilassung eines gewissen Belloni an, der mit anderen an einer Schlägerei teilgenommen und unter der Anschuldigung

[1]) B. Bl. 1876, IV, 12; 629; 791; 821; 1877, I, 1; A. S., II: 559. Vgl. B. Ger., V, 457.

[2]) In nachstehender gedrängter und deshalb notwendig ungenauer Darstellung der Tessiner Unruhen der Jahre 1889 und 1890 soll durchaus keine politische Beurteilung derselben enthalten sein; es kommt hier nur darauf an, die zur rechtlichen Würdigung relevanten Tatsachen hervorzuheben. Vgl. *Salis*, 1. Aufl. I, Nr. 53.

[3]) B. Bl. 1889, I, 976.

stand, jemand verwundet zu haben; der Kommissär verlangte die Freilassung dieses einen Liberalen, weil seine drei Mitschuldigen, Konservative, freigelassen worden und weil die öffentliche Ruhe es erheische[1]. Da sich sowohl der tessinische Regierungskommissär als der unter seinem Befehl stehende Gefängnisdirektor weigerten, den Gefangenen anders als auf gerichtliche Weisung freizulassen, wurde er mit Gewalt befreit. Der B. R. verfügte am 16. März, dass es unzulässig sei, wie es die Tessiner Grossratskommission beantragte, durch die kantonalen Behörden Untersuchung und strafrechtliche Verfolgung gegen gewisse Gemeinderäte eintreten zu lassen, welche sich geweigert hatten, den Weisungen der Regierung betr. Anwendung der Wahlgesetze Folge zu leisten[2].

Wegen dieser beiden letzteren Massnahmen erhob die Tessiner Regierung den Kompetenzkonflikt beim B. Ger.[3].

Das Kommissariat wurde am 30. März 1889 wieder aufgehoben.

Die B. Vers. genehmigte die vom B. R. getroffenen Massnahmen durch Beschluss vom 12. April 1889[4].

7[5]. Schon *im folgenden Jahr* wurde die verfassungsmässige Ordnung neuerdings durch offene *Revolution* gestört; die unmittelbare Ursache derselben war die etwelche Verzögerung einer Volksabstimmung über das Initiativbegehren einer Verfassungsrevision[6], die tiefere Ursache die Unzufriedenheit der liberalen Partei mit dem konservativen Regiment. Am 12. Sept. wurden in Bellinzona der Regierungspalast und das Zeughaus von bewaffneten Liberalen besetzt, die Regierung gesprengt und eine provisorische Regierung eingesetzt.

Der B. R. beschloss am gleichen Tag, in Vollziehung von Art. 16, Abs. 2, der B.V., die bewaffnete Intervention, ernannte Oberst Künzli zum eidg. Kommissär und stellte ihm die Bataillone 38 und 39 zur Verfügung, die tags darauf nach dem Tessin abgehen sollten[7]. Seinem Kommissär erteilte er die Instruktion, da die Regierung des Kantons Tessin durch Gewalt beseitigt sei, für einstweilen die Regierungsgewalt zu übernehmen.

Der Vizepräsident des tessinischen Staatsrates, Bonzanigo, der sich hatte flüchten können, hatte die Kantone Uri und Luzern zur Hülfe gemahnt; später ging er auch den B. R. um Hülfe an. Der B. R. erklärte die Intervention jener Kantone als unstatthaft und ergänzte seine Instruktion an den Kommissär dahin: er solle die verhafteten Regierungsmitglieder, übrigen Beamten und Privaten sofort auf freien Fuss setzen, die provisorische Regierung auflösen und alle von ihr getroffenen Anordnungen, insbesondere diejenigen betr. Abstimmung über das Initiativ-

[1]) B. Bl. 1889, I, 1006.

[2]) B. Bl. 1889, I, S. 1024—1026, Nr. 100.

[3]) S. unten zu Art 113, Ziffer 1.

[4]) B. Bl. 1889, III, 549. Vgl. über die ganze Angelegenheit: Botschaft des B. R. vom 25. Mai 1889: B. Bl. 1889, II, 901, 995, 1041, 1091; II, 320; Bericht der Minderheit der N. R. K. vom 8. April 1889; B. Bl. 1889, I, 1094; der Mehrheit der N. R. K. gl. Datums, B. Bl. 1889, II, 317; B. Bl. 1889, III, 361.

[5]) *Salis*, 2. Aufl., I, Nr. 36.

[6]) Vgl. B. R. B. v. 13. Sept. 1890 über den Rekurs Stoppani und Bernasconi. B. Bl. 1890, IV, 128.

[7]) Sie wurden später durch andere verstärkt, dann ersetzt; die aufgebotenen Truppen überstiegen zeitweise 2000 Mann.

begehren, Neuwahlen in den Grossen Rat, Absetzung und Neueinsetzung von Beamten, rückgängig machen, bezw. deren Vollziehung hindern, die von der gleichen Regierung aufgebotenen Truppen auflösen, sowie andere bewaffnete Scharen entwaffnen, und solange sich die gesprengte Regierung nicht wieder konstituiert, die Leitung der Staatsgeschäfte an die Hand zu nehmen.

In bezug auf die provisorische Regierung wurde der Kommissär noch beauftragt, dem B. R. zu berichten, in welchem Momente die gesprengte Regierung im stande und gewillt sei, ihre Funktionen wieder auszuüben[1]). «Einstweilen haben Sie die ausschliessliche Staatsgewalt in Ihren Händen zu behalten, wobei wir selbstverständlich nichts dagegen einzuwenden haben, wenn Sie sich mit Vertrauensmännern aus beiden Parteien in Verbindung setzen. — Wir ermächtigen Sie, wann und soweit Sie dies im Interesse der Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe und Sicherheit für nötig erachten, den Telegraphendienst in den tessinischen Bureaux zu überwachen und die Beförderung von Depeschen zu verhindern.»

Am 18. Sept. stellten sich die früheren Staatsräte Respini, Casella und Gianella beim Regierungsgebäude ein, um die Regierungsgeschäfte wieder aufzunehmen; der Kommissär verweigerte es ihnen, worauf sie sich unter Protest zurückzogen. — Durch Einberufungsdekret vom 15. Sept. 1890 ordnete der Kommissär auf den 5. Okt. die Volksabstimmung über die Verfassungsrevision an.

Der B. R. berief auf den 22. Sept. die B. Vers. ein und ersuchte sie, die von ihm getroffenen Massnahmen zu genehmigen. Auf Wunsch der N. R. K. gab er mit Schreiben vom 29. Sept. an die B. Vers. die Erklärung ab, dass er die am 11. Sept. gestürzte Regierung immer als die gesetzliche Regierung des Kantons Tessin betrachtet habe und betrachte, und dass, wenn er sich ihre Wiedereinsetzung einem spätern Beschluss vorbehalten, dies einzig und allein im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung geschehen sei, für die er gemäss Art. 2 und 102, Ziffer 10 und 11, der B.V. zu sorgen habe. Beide Räte genehmigten am 3. u. 9. Okt. 1890 unter Bezugnahme auf die abgegebene Erklärung die vom B. R. getroffenen Massnahmen und ermächtigten ihn, diese Massnahmen provisorisch aufrecht zu erhalten. — In der Abstimmung vom 5. Oktober wurde die Revision der Verfassung durch einen Verfassungsrat mit kleinem Mehr beschlossen. In Vollziehung des B. R. B. vom 11. Okt. wurde die alte Regierung am 14. Okt. wieder eingesetzt unter Vorbehalt aller Entscheidungen des B. R., welche dieser nach Massgabe der Art. 5 und 102, Ziffer 3, 10 und 11, der B.V. zum Zweck der Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Kanton Tessin für notwendig erachten würde. Der eidg. Kommissär blieb mit der Regelung aller Fragen betraut, welche auf die Revisionsabstimmung vom 5. Okt.

[1]) Der Kommissär telegraphierte mehrmals, die Wiedereinsetzung der alten Regierung könne ohne Gefahr nicht vor sich gehen; nach Empfang obiger Instruktion erklärte er, er könne die alte Regierung nicht wieder einsetzen und verlange von seinem Amte enthoben zu werden, worauf der B. R. ihm bestätigte, dass er vorderhand nur Bericht wünsche, er verlange aber neuerdings sofortige Auflösung der provisorischen Regierung: „Jeder Aufschub ist die Verlängerung einer inkonstitutionellen Situation, die wir absolut nicht dulden können.“ B. Bl. 1890, IV, 169. Nach schwierigen und zähen Verhandlungen gelang es dem Kommissär, der absichtlich barsches Befehlen vermied, die provisorische Regierung zum Abdanken zu bewegen.

Bezug hatten, und mit der Leitung der Wahlen in den tessinischen Verfassungsrat und in den N. R. (vom 26. Okt.). Ausserdem wurde er vom B. R. ermächtigt, im Falle eine von der kantonalen Regierung beabsichtigte oder getroffene polizeiliche oder andere Massregel leicht die Ordnung und Ruhe des Landes gefährden könnte, sein Veto einzulegen, unter sofortiger Berichtgabe an den B. R. Gleichzeitig lud der B. R. den Kommissär ein, angesichts der noch vorhandenen Aufregung alle öffentlichen Versammlungen zu verbieten, was auch geschah. Der Kommissär entschied mit Hülfe von zwei Vertretern jeder Partei vor der Abstimmung vom 5. Okt. und den darauf folgenden Nationalratswahlen eine beträchtliche Zahl Stimmrechtsrekurse, auf Grund der ihm dazu durch B. R. B. vom 11. Okt. erteilten Ermächtigung; von den Rekursen betr. die Verfassungsratswahlen nahm er bloss noch Kenntnis[1]. Die letzten Okkupationstruppen wurden am 19. Dez. 1890 zurückgezogen. Das Kommissariat wurde am 3. April 1891 aufgehoben[2].

8. In *Bern* waren am 19. Juni *1893 Arbeiterunruhen* entstanden; da das städtische Polizeikorps und die Feuerwehr der Bewegung nicht gewachsen waren und die kantonalen Behörden keine Truppen zur Verfügung hatten, ersuchte der Stadtpräsident von Bern das schweizerische Militärdepartement um Hülfe. Der Vorsteher dieses Departements liess Truppen, die in Thun und Luzern im Instruktionsdienste waren, nach Bern kommen und ernannte Oberst Scherz zum Platzkommandanten; zugleich gab der B. R. der Regierung des Kantons Bern Kenntnis von diesen Massnahmen, die er als rein provisorische betrachte, da es nach Art. 16 B. V. in erster Linie Sache der kantonalen Regierung sei, die öffentliche Ruhe und Ordnung in der Bundesstadt aufrecht zu erhalten. Der bernische Regierungsrat bot seinerseits kantonale Truppen auf und bestätigte Oberst Scherz als Platzkommandant. Nach zwei Tagen wurden die eidg. Truppen durch die vom Kanton aufgebotenen ersetzt[3]. Eine wirkliche Intervention war dies nicht, sondern bloss eine freundeidgenössische Hülfeleistung des Bundes an einen Kanton, wie es etwa auch bei Feuersbrünsten u. dgl. formlos geschieht.

9. Als im Oktober *1902 in Genf der Generalstreik* ausbrach und die öffentliche Ordnung gestört wurde, ermächtigte die damals versammelte B. Vers. den B. R. auf sein Ersuchen, nötigenfalls über 2000 Mann Truppen aufzubieten; es gelang aber der Genfer Regierung, die öffentliche Ruhe ohne Hülfe des Bundes wieder herzustellen[4]. — Die *neuenburgische Regierung* bot *den 5. Aug. 1904* ein Bataillon Infanterie und eine Kompagnie Guiden auf und hielt ohne Bundeshülfe die durch einen Maurerstreik bedrohte öffentliche Ordnung aufrecht.

B. Begriff der Intervention.

Die Sorge für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung liegt nach der verfassungsmässigen Verteilung der Kompetenzen zwischen Bund und Kantonen diesen letzteren ob; nur wenn der Kanton selber

[1] B. Bl. 1890, V, 470.
[2] B. Bl. 1891, I, 934.
[3] B. Bl. 1893, III, 552, 694
[4] B. Bl. 1902, IV, 641.

der Aufgabe nicht gewachsen ist, nimmt sie der Bund auf seine stärkeren Schultern[1]. Diesem Zweck gemäss wird die Intervention des Bundes in der Regel durch die Waffen unterstützt sein, und diesen Fall hat auch Art. 16 in erster Linie im Auge. Die Verwendung von Truppen ist aber dem Begriffe der Intervention nicht wesentlich; es kann auch unbewaffnete Interventionen geben (vgl. die von 1870 und 1876 im Tessin). Anderseits ist die vom Bunde versuchte freundliche Vermittlung in einem kantonalen Streite oder Konflikte noch keine eigentliche Intervention; hierzu bedurfte es keines besonderen Verfassungsartikels. Schon in der alten Eidgenossenschaft waren hierzu jeder Ort und auch die Tagsatzung befugt, und es ist nicht einzusehen, warum nicht heute noch jeder Kanton einem andern zu diesem Ende seine guten Dienste anbieten dürfte. Damit Intervention im Sinne des Art. 16 B.V. vorliege, muss der Bund in die kantonalen Kompetenzen eingreifen, und wenigstens die eine an sich ziehen: die öffentliche Ordnung wieder herzustellen[2]. Intervention ist die Übernahme dieser Pflicht und dieser Befugnis durch den Bund. Ob er dies nun mit oder ohne militärische Hülfe tue, ist einerlei. Das Aufgebot von Truppen in einem andern Kanton, oder auch im Kanton selbst, ist nur eine vorbereitende, rein militärische Massregel. Die Entsendung eines Vertreters des B. R. in den beunruhigten Kanton bedeutet ebenfalls noch keine Intervention, auch wenn er bereits mit der Vollmacht ausgerüstet ist, als «Kommissär» aufzutreten, d. h. nach dem üblich gewordenen Sprachgebrauch gegenüber dem Kanton mit dem Anspruch auf Ausübung der Kompetenz, die öffentliche Ordnung wieder herzustellen, aufzutreten (wie es 1889 im Tessin der Fall war). Die Intervention im Rechtssinne fängt erst mit dem Augenblick an, wo der Vertreter des B. R. im Kanton als Kommissär auftritt. Korrekterweise geschieht dies durch ausdrückliche Erklärung des B. R. an die kantonale Regierung, wenn noch eine solche besteht.

C. Voraussetzungen.

1. Eine Störung der Ordnung im Innern[3] ist eine die staatliche Macht in Frage stellende gewaltsame Auflehnung gegen die (wenigstens formal) gesetzliche Autorität der Behörden. Wollte man verlangen, dass die öffentliche Ordnung bereits *gestört* und nicht erst *bedroht* sei, damit der Bund das Recht habe, zu intervenieren, so würde man die Intervention in vielen Fällen wertlos machen und dem B. R. eine praktisch undurchführbare Distinktion zumuten. Wie sollte der B.R. aus lakonisch, oft ungenau gehaltenen Telegrammen, wie sie ihm in solchen Fällen meist zugehen, schliessen, ob die öffentliche Ordnung schon «gestört» oder erst bedroht ist. (Man vgl. z. B. die Telegramme der Zürcher Regierung im Jahre 1871.) Die Praxis geht denn auch dahin, wie es nicht

---

[1] Vgl. *Dubs*, Das öffentliche Recht der Schweiz. Eidgenossenschaft, II, 199.

[2] *G. Vogt*, Zur Tessiner Frage, 1889, Heft 18 der „Schweizer-Zeitfragen", S. 35, bemerkt, nicht der Kommissär mache die Intervention aus. „Eidg. Intervention heisst somit: gebieterische Einmischung der schweizerischen Bundesgewalt in die inneren Angelegenheiten eines Kantons, *in welchen sonst nach den Regeln des eidg. Verfassungsrechts der Kanton*, wie wir sagen, „souverän" ist."

[3] Betr. die von einem andern Kanton drohende Gefahr s. unten.

anders möglich ist, dass der Bund schon bei bedrohter Ordnung intervenieren kann.

Bei der Intervention vom Jahre 1889 im Tessin behauptete die Minderheit der N. R. K., die Ordnung sei nicht gestört gewesen, als die Intervention beschlossen worden sei, und folglich sei die Intervention zu Unrecht erfolgt[1]. Der B. R. verteidigt sich gegen diese Kritik in seiner Botschaft, indem er darauf hinweist, dass er auch 1864 in Genf nur auf Privatberichte hin intervenierte, welche die öffentliche Ordnung als gefährlich bedroht bezeichneten, und dass er pflichtwidrig gehandelt hätte, wenn er, angesichts der sich im Tessin zeigenden gefährlichen Symptome, nicht eingeschritten wäre. Derselben Meinung war auch die Mehrheit der N. R. K.[2].

Stellten sich dagegen Schwierigkeiten und Konflikte im Staatsleben ein, welche ohne Störung der äusseren Ordnung die Konstituierung der staatlichen Behörden oder ihr Funktionieren verhinderten, so läge kein Grund zu eidg. Intervention vor; die B.V. betrachtet die Kantone als selbständige Organismen, die ohne fremde Hülfe leben können; der Bund kann nicht die Kantone vormundschaftlich verwalten wie der Staat die Gemeinden, wenn sie unfähig sind, sich selbst zu leiten.

Ein Grund zur Intervention im Sinne von Art. 16 liegt auch nicht vor, wenn ein Kanton sich in aller Stille sein Verfassungrecht in bundesrechtswidriger Weise umgestaltet, oder wenn er sich in zwei selbständige Staatswesen zu trennen droht[3]. Wenn der Bund es für nötig hält, hier sofort, vor der Erteilung der eidg. Garantie, einzuschreiten, so kann er es auf Grund von Art. 102, Ziffer 2, und Art. 85, Ziffer 8, tun, nicht auf Grund von Art. 16; er setzt die eidg. Exekution gegen den Kanton ins Werk. In solchen Fällen wäre ein Begehren um Hülfe an den Bund oder an andere Kantone gar nicht denkbar, während doch Art. 16 die psychologische Möglichkeit eines solchen überall voraussetzt.

2. Die Verfassung sagt deutlich, dass in jedem Falle, wo die Ordnung in einem Kanton gestört ist, die Regierung desselben dem B. R. sogleich davon *Kenntnis geben* soll. Sie sagt aber nicht deutlich, ob der Bund auf die blosse Anzeige hin intervenieren könne, oder ob er ein *Gesuch des Kantons* abwarten müsse. Abs. 2 erklärt dies letztere: man darf nicht sagen: das «kann» der ersten Hypothese stehe im Gegensatz zum «soll» der zweiten, und wolle nicht sagen, dass die Bundesbehörde nur in jenem ersterwähnten Fall, ohne darum ersucht zu sein, einschreiten könne; denn auf beide genau bezeichnete Fälle beziehen sich die Worte «von sich aus», woraus sich ergibt, dass Abs. 2 allerdings den ersten dem zweiten Fall gegenüberstellen wollte, zugleich aber alle beide Fälle den andern, in denen die Bundesbehörde nicht von sich aus einschreiten soll. — Anderseits schreibt aber Abs. 1 vor, die Regierung des bedrohten Kantons habe dem B. R. sogleich Kenntnis zu geben, damit dieser *inner den Schranken seiner Kompetenz (Art. 102,*

---

[1] B. Bl. 1889, I, 1094. Gleicher Ansicht waren *G. Vogt,* a. a. O., S. 41, und Prof. Dr. *König,* in seinem für den Staatsrat des Kantons Tessin verfassten Memorial ans B. Ger., vom 16. März (recte: April) 1889, S. 18—19.

[2] B. Bl. 1889, I, 317.

[3] Daher war auch die Intervention des Jahres 1870 im Tessin gemischten Charakters: Hauptzweck derselben war, die Trennung des Kantons in zwei Halbkantone zu verhindern.

Ziffer 3, 10 und 11) die erforderlichen Massnahmen treffen . . . . . kann, womit deutlich gesagt ist, dass der B. R. auf die blosse Mitteilung hin die zur inneren Sicherheit der Eidgenossenschaft und zur Handhabung der Ruhe und Ordnung erforderlichen Massregeln treffen könne, unter Vorbehalt der Befugnisse der B. Vers. Die beiden Bestimmungen widersprechen sich also; der Widerspruch lässt sich dadurch lösen, dass man als Ansprechen der Hülfe im Sinne des 2. Abs. einfach die Kenntnisgabe des ersten ansieht, allein das ist ein rein formales Auskunftsmittel.

Die Praxis hat sich in dem Sinne ausgesprochen, dass ein Hülfsbegehren des bedrohten Kantons nicht notwendig ist. Die Frage wurde anlässlich der Tessiner Intervention vom Jahre 1889 einlässlich diskutiert; der B. R. beanspruchte für den Bund das Recht, von sich aus zu intervenieren, wie er es schon im Jahre 1864 in Genf getan, wo der B. R. die Intervention beschlossen hatte, bevor das Begehren der Regierung des Kantons Genf um Entsendung eines Kommissärs eintraf. Die Minderheit der N. R. K. bestritt ihm dieses Recht[1]. Die B. Vers. genehmigte aber das Vorgehen des B. R. ohne Vorbehalt und sanktionierte damit die bundesrätliche Auslegung.

Wenn man bedenkt, dass schon unter dem Bundesvertrage von 1815, hinter welchen man 1848 nicht zurückgehen wollte, Interventionen ohne Anrufen des Kantons stattfanden[2], dass in den Tagsatzungsverhandlungen des Jahres 1848 der 1. Abs. des Kommissionsentwurfs in die jetzige Fassung umgeändert wurde nach der oben mitgeteilten Bemerkung des Standes Bern, so erscheint es als das Wahrscheinlichste, dass man sich schon damals für die heutige Auffassung ausgesprochen hätte, wenn man sich des Gegensatzes zwischen dem 1. und dem 2. Abs. bewusst gewesen wäre. Bedenkt man ferner, dass eine im Parteikampf befangene Regierung sich ungern dazu entschliessen wird, die Dazwischenkunft einer andern Macht anzurufen, solange sie sich zu halten vermag, so wird man jene Auslegung auch innerlich gerechtfertigt finden.

3. Abs. 2 macht der Bundesbehörde eine Pflicht daraus, zu intervenieren, *wenn die Sicherheit der Schweiz gefährdet* wird. Nachdem es

---

[1]) Wie auch *G. Vogt,* a. a. O., S. 42, und *König,* a. a. O., S. 19—20, ebenso *Dubs,* II, 174. *Kaiser,* Schweiz. Staatsrecht, III, S. 126. Die Mehrheit der N. R. K. führte in ihrem Berichte aus: „Ob die Intervention verlangt wurde oder nicht, ist nach Ansicht der Mehrheit Ihrer Kommission gleichgültig, es kann diesfalls nicht auf das Belieben einer Kantonsregierung ankommen, weshalb auch in Art. 16 gesagt ist, dass der die Intervention verlangende oder *veranlassende* Kanton die Kosten zu bezahlen habe.“ (B. Bl. 1889, I, 321 bis 322.) Letzteres Argument ist m. E. nicht stichhaltig, da sich der hervorgehobene Ausdruck auch auf die Fälle beziehen kann, wo die Kantonsregierung ausser stande ist, die Hülfe anzusprechen, oder wo die Sicherheit der Schweiz gefährdet wird. *Blumer-Morel,* I, S. 277, spricht sich für die Ansicht des B. R. aus. Im gleichen Sinn *Rüttimann,* II, S. 80: der Bund könne auf blosse Anzeige der Kantone hin einschreiten; erfüllen aber die Kantone ihre Anzeigepflicht nicht, so könne durch diese Nachlässigkeit das Recht des Bundes, zu intervenieren, weder aufgehoben noch abgeschwächt werden. Weniger richtig scheint mir die Bemerkung, der Bund werde, solange er keine Anzeige erhalten, von der Präsumtion ausgehen müssen, dass keine Gefahr vorhanden, oder dass der betr. Kanton stark genug sei, sich selbst zu helfen. - In den V. St. v. N. A. kann die Union, wenn sie nicht selbst angegriffen wird, nur dann einschreiten, wenn die Legislatur oder, falls diese verhindert ist zusammenzutreten, die Regierung des betr. Staates Hülfe verlangt. Art. IV, Sektion 4, der U. Verf.

[2]) Vgl. Kreisschreiben des Vororts Luzern an die eidg. Stände vom 5. Brachmonat Eidg. Absch. zur ausserordentl. Tagsatzung von 1844, Beilage C.

durch die eben erwähnte Auslegung des 1. Abs. in das Ermessen der Bundesbehörde gelegt worden ist, in jedem Falle zu intervenieren, hat diese Bestimmung keine grosse praktische Bedeutung mehr; denn im Verhältnis zur Kantonskompetenz bedarf der Bund dieser besondern Ermächtigung nicht mehr, und was die Amtspflichten der Bundesbehörden gegenüber dem Lande selbst in bezug auf die Wahrung der innern und äussern Sicherheit betrifft, so gehen sie zur Genüge aus Art. 85 und 102 hervor. Immerhin kann es für die Bundesbehörden im einzelnen Fall von Wert sein, sich auf die unanfechtbare Kompetenzbestimmung des 2. Satzes des 2. Abs. berufen zu können. Unter Sicherheit der Schweiz versteht die B. V. wohl hier die äussere Sicherheit und auch die Ruhe und Ordnung anderer Kantone, die Bewahrung vor der Ansteckungsgefahr (vgl. Art. 102, Ziffer 10).

D. Wirkung der Intervention.

Die Intervention hat die Wirkung, dass ein Teil der kantonalen Staatsgewalt auf den Bund übergeht und namens desselben durch den B. R. und seinen Vertreter, den Kommissär, ausgeübt wird. Wie viel von der kantonalen Staatsgewalt auf den Bund übergehen kann, bestimmt sich nach dem Zweck der Intervention, der Wiederherstellung der öffentlichen Ordnung; der Bund kann alle diejenigen Befugnisse ausüben, die er zu seinem Zwecke braucht, und keine einzige dieser Befugnisse ist a priori davon auszunehmen.

Es ist daher vorab die Meinung zu verwerfen, als ob die B. V. ein Zusammenwirken des B. R. und der kantonalen Regierung fordere; wenn je die Einheit des Handelns notwendig ist, so ist es in diesem Fall. Der Bund würde zu einer ganz unwürdigen und unfruchtbaren Rolle verurteilt, wenn er zu jeder seiner Verfügungen die Zustimmung der kantonalen Regierung einholen müsste[1]). Der Bund handelt vielmehr allein.

G. Vogt (a. a. O., S. 35 f.) charakterisiert die Intervention zutreffend mit folgenden Worten: «Eidgenössische Intervention hebt, solange sie dauert, für den Kanton, welchen sie betrifft, das normale bundesstaatliche Verhältnis auf: er ist in seiner Souveränität eingestellt, eidgenössische Obervormundschaft wird über ihn verhängt.» Die Intervention ist aber nicht nur eine Verschiebung des bundesstaatlichen Verhältnisses durch Übergang kantonaler Staatsgewalt auf den Bund, sie ist auch eine Potenzierung dieser Staatsgewalt, was *G. Vogt* nicht zugeben will. Gewiss soll auch der intervenierende Bund ohne Notwendigkeit nicht über die Grenzen hinausgehen, die der kantonalen Staatsgewalt durch Verfassung und Gesetze gezogen sind; aber wenn es die Herstellung der öffentlichen Ordnung erheischt, kann er auch dies tun. Abs. 3, welcher die Bundesbehörden anweist, in allen Fällen für Beachtung der Vorschriften des Art. 5 zu sorgen, ist unter diesem Vorbehalt zu verstehen: die Existenz des Staates bedingt es vor allem andern, dass die äussere Ordnung gewahrt bleibe; erst nach Erfüllung dieser Bedingung ist der Schutz der Rechte Einzelner möglich. Entsteht ein

---

[1]) Bericht der St. R. K. v. 8. Okt. 1890; B. Bl. 1890, IV, 668.

Konflikt zwischen den Freiheitsrechten Einzelner und der öffentlichen Ordnung, so haben jene zu weichen. In keinem Staat und unter keiner Verfassung gibt es eine absolute Garantie, dass ein solcher Konflikt nie eintreten wird, m. a. W., dass es stets möglich sein wird, ohne Einschränkung der verfassungsmässigen Rechte des Bürgers und des Volkes die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten. Wenn dieser Fall in der Schweiz eintritt, so hat der Bund einzuschreiten, und ihm steht auch zu, was dem Kanton selbst verwehrt ist, im Interesse der öffentlichen Ordnung die Kantons- oder die B. V. zu suspendieren, was nichts anderes ist, als die Verhängung des Belagerungszustandes[1]. Selbstverständlich ist, dass dies nicht ohne zwingende Notwendigkeit geschehen soll; Art. 16 führt aber seinem Zwecke nach ohne Zweifel zu diesem Ergebnis.

Vereinzelte Anwendungen dieses Grundsatzes sind bereits vorgekommen. Bei der Intervention in Genf vom Jahre 1864 wurde allgemein angenommen, der Beschluss des Wahlbureaus sei ein endgültiger und könne nach geltendem Bundes- und Kantonsrecht nicht weitergezogen werden[2]. Der B. R. glaubte sich aber angesichts der obwaltenden Umstände trotzdem zum Einschreiten berufen.

Als sich im Jahre 1870 die Vertreter des Sottocenere aus dem tessinischen Grossen Rate zurückgezogen hatten, und der Grosse Rat ohne sie den Verfassungsentwurf durchberaten und die Volksabstimmung auf den 8. Januar festgesetzt hatte, fragte es sich, ob die B. Vers. noch vor diesem Datum über die Gültigkeit der Grossratsbeschlüsse entscheiden solle, ein Entscheid, der kaum anders als bejahend ausfallen konnte[3]), bei Gefahr, durch die Volksabstimmung den Riss zwischen beiden Kantonsteilen tiefer werden zu sehen, oder ob der Entscheid hinauszuschieben und inzwischen ein neuer Versöhnungsversuch zu machen sei. Die Minderheit der St. R. K. wollte die Hand nicht dazu bieten, die Verantwortlichkeit für die Folgen einer Sistierung der vom Grossen Rat angeordneten Volksabstimmung auf die B. Vers. zu übernehmen. Die B. Vers. beschloss aber in diesem Sinn.

Sowohl bei der Intervention von 1889 als von 1890 im Kanton Tessin wurde der Kommissär ermächtigt, den telegraphischen Verkehr in den Bureaux des Kantons Tessin zu überwachen und eventuell zu verbieten. Der telegraphische Verkehr kann nun offenbar nicht überwacht werden ohne Kenntnisnahme des Inhalts der Telegramme, also ohne Einschränkung des Telegraphengeheimnisses, was auch von der Minderheit der N. R. K. releviert wurde. Selbstverständlich sollte dies nur geschehen, sofern es die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ruhe

---

[1]) Der B. R. führte anlässlich einer Beschwerde über Verletzung der Pressfreiheit am 27. Juni 1853 (*Ullmer*, I, Nr. 179, Erw. 3) aus: „Die Bundes- und Kantonsverfassung kennt keinen Belagerungszustand in dem Sinne, dass die Militärbehörden statt der Regierung regieren und dass überhaupt die verfassungsmässigen Gewalten und Kompetenzen verändert und deplaciert und gültige Gesetze ausser Wirksamkeit gesetzt werden. Ein Kanton mag, wo es not tut, die Polizei verschärfen und Truppen einberufen, aber den verfassungsmässigen Zustand des Landes darf er nicht aufheben." Dies ist richtig unter Vorbehalt des Interventionsrechtes des Bundes.

[2]) Die Annahme basierte wohl darauf, dass die vom Wahlbureau getroffene Entscheidung nur eine gesetzwidrige und keine verfassungswidrige war, denn letzterenfalls wäre der B. R. auf Grund von Art. 5 B. V. kompetent gewesen. Vgl. *Ullmer*, I, Nr. 582; II, Nr. 1132 ff.

[3]) Vgl. den Bericht der Minderheit der St. R. K. v. 17. Dez. 1870, B. Bl. 1871, I, S. 43.

und Ordnung erheischte, wenn es auch das erste Mal nicht ausdrücklich gesagt war.

In seinem Bericht vom 17. Sept. 1890 bemerkte der eidg. Kommissär: «Was den ersten Punkt (nämlich das Gewährenlassen von Ovationen zu Ehren der provisorischen Regierung) betrifft, so glaube ich, es sei nicht meine Aufgabe, konstitutionelle Freiheiten zu unterdrücken, solange dadurch die öffentliche Sicherheit nicht gefährdet erscheint.» Er habe deswegen auch konservative Volksfeste nicht verhindert[1]).

Was nun die Ausübung der verfassungsmässigen Gewalten der Kantonsbehörden durch den eidg. Kommissär betrifft, so ist klar, dass ihm jedenfalls die *vollziehende Gewalt* in dem Mass übertragen werden muss, als er sie braucht, um die öffentliche Gewalt wieder herzustellen. In der Regel wird er zu diesem Zweck nicht in alle Zweige der kantonalen Verwaltung eingreifen; er muss aber die ganze kantonale Verwaltung übernehmen, wenn eine gesetzliche Regierung nicht mehr existiert oder wenn sie ausser stande ist, ihr Amt auszuüben, oder endlich, wenn es mit der öffentlichen Ordnung nicht mehr vereinbar ist, dass sie (d. h. die mit dem Amt betrauten Personen) es sofort wieder tue. Gewiss ist es Zweck der Intervention, die gesetzliche Ordnung wieder herzustellen, aber doch nur in zweiter Linie, zuerst muss die äussere Ordnung wieder hergestellt sein. Der Fall traf 1890 im Tessin ein: Als der eidg. Kommissär am 12. Sept. in Bellinzona eintraf, war die gesetzliche Regierung gesprengt; er musste also, da er die revolutionäre Regierung nicht anerkennen konnte, die Regierung persönlich übernehmen und Regierung bedeutet in solchem Moment die ganze Staatsgewalt. Der B. R. instruierte ihn denn auch in vielleicht zu umfassenden Ausdrücken, er habe einstweilen die *ausschliessliche* Staatsgewalt in seinen Händen zu behalten[2]). Der Kommissär konnte auch die Regierungsgewalt in den Händen behalten, als die früheren Inhaber derselben bereit waren, sie wieder aufzunehmen, wenn wirklich, was hier nicht zu untersuchen ist, die öffentliche Ordnung nicht anders aufrecht zu erhalten war[3]).

---

[1]) Die Versammlungsfreiheit war übrigens durch die Verfassung des Kantons Tessin nicht garantiert; sie ist es in der Regel auch nur in den Schranken der öffentlichen Ordnung. Die Kommissäre haben zu wiederholten Malen öffentliche Versammlungen, namentlich Schützenfeste, untersagt.

[2]) B. Bl. 1890, IV, 138.

[3]) Die Minderheit der N. R. K. bemerkte dagegen in ihrem Bericht vom 30. Sept. 1890 (B. Bl. 1890, IV, 581): Der Kommissär dürfe die öffentliche Gewalt im Kanton nur so lange vertreten, als die verfassungsmässige Regierung daran verhindert sei. „Dass ein eidg. Kommissariat Verfassung und Behörden eines Kantons einfach aufhebe und ersetze, ist nicht schweizerisches Verfassungsrecht. Nie noch hat der Bund bei eidg. Interventionen die ganze Vollgewalt einer kantonalen Regierung einfach an sich gezogen, nie die Rechte und Macht eines Grossen Rats, die ganze Gerichtsbarkeit, die ganze *Administration* des Landes. — Was hat es denn auch für einen Sinn, die legale Regierung des Landes auszuschliessen aus dem Regierungsgebäude, ihr zu verbieten und sie zu hindern, die täglichen Amtsgeschäfte zu besorgen betr. Gemeindeverwaltung, Steuerwesen, Schulwesen, lokale und Fremdenpolizei, Armenwesen, Vormundschaftswesen, Gesundheitswesen, Strassen-, Brücken- und Uferbau u. s. w., und das alles einem eidg. Kommissär zu übertragen mit oder ohne unverantwortliche Beirater?" „Das wäre eine schweizerische Landvogtei." Die Mehrheit der Kommission erwiderte darauf, die alte Regierung nehme nicht durch ihre blosse Erklärung die Gewalt wieder auf, sondern der B. R. könne sie ihr wieder geben, je nachdem es die Erhaltung der Ruhe und Ordnung möglich erscheinen lasse; er könne ihr auch nur die administrativen Befugnisse über-

Unter Umständen wird der eidg. Kommissär auch in den Gang der *Justiz* eingreifen müssen, wenn davon das Gelingen seiner Mission abhängt. Nach Art. 111, Ziffer 3, der B.V. urteilt das B. Ger. über politische Verbrechen und Vergehen, die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche eine bewaffnete eidg. Intervention veranlasst wird, wozu namentlich die in Art. 52 des B. St. R. angeführten Verbrechen zu rechnen sind. In diesen Bereich, der bei Art. 112 näher zu bestimmen ist, gehört die Justizpflege von Verfassungs und Gesetzes wegen der Eidgenossenschaft [1]. Die Frage, ob der eidg. Kommissär ausnahmsweise auch darüber hinausgreifen könne, wurde namentlich im Falle Belloni und in demjenigen der gegenüber Anordnungen des Staatsrates betr. Eintragungen ins Stimmregister renitenten Gemeinden im Jahre 1889 ventiliert. Die Frage, ob Belloni sowie die renitenten Gemeinden unter eidg. Strafjustiz gestellt werden konnten, ist hier nicht zu erörtern; es sei nur bemerkt, dass der verhaftete Belloni, der nach tessinischem Recht in der Verfügungsgewalt der Gerichtsbehörden stand, auf Befehl des eidg. Kommissärs, nicht des Generalanwalts, freigelassen wurde, weil es die Anfrechterhaltung der öffentlichen Ordnung erheischte. Eine solche Verfügung geht nicht über die Kompetenz des Kommissärs hinaus, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen gegeben sind, und sie ist vom Kommissär, der für die öffentliche Ordnung verantwortlich ist, zu treffen und nicht vom eidg. Generalanwalt, dessen Wirken in die Sphäre der gesetzlichen eidg. Strafjurisdiktion gebannt ist. Im Falle der renitenten Gemeinden beschloss der B. R. am 16. März 1889, es sei unzulässig, wie es die Kommission des Tessiner Grossen Rates beantragte, die kantonale Strafuntersuchung einzuleiten, weil die betreffenden Vergehen laut Bundesstrafrecht Art. 52 und 49 nach Bundesrecht zu verfolgen und zu bestrafen seien [2].

Es scheint mir endlich nicht weniger gewiss, dass der eidg. Kommissär auch den kantonalen *Gesetzgeber* ausser Tätigkeit setzen oder sogar vorübergehend an seine Stelle treten kann, und zwar nicht nur, wenn er ausser stande ist, zu funktionieren. Bezüglich der zahlreichen administrativen Befugnisse des Grossen Rates in den schweizerischen Kantonen geht dies schon aus dem Gesagten hervor; und was die eigentliche Gesetzgebung betrifft, so kann gerade in den Gesetzen selbst die Ursache der Unzufriedenheit liegen, oder es kann der Gesetzgeber durch leidenschaftliches und unpolitisches Vorgehen das ganze Pazifikationswerk des Kommissärs zerstören; man erinnere sich nur an die Beschlüsse des Tessiner Rumpfparlamentes von 1870, die tatsächlich, wenn auch in gemilderter Form, von der B. Vers. suspendiert wurden.

---

lassen und die politischen oder polizeilichen für sich behalten, diese Befugnisse des B. R. müssen aus dem Recht der Intervention hergeleitet werden, wenn überhaupt Ziel und Zweck derselben noch erreicht werden sollen (B. Bl. 1890, IV, 591). — Wollte man dem Bunde diese, allerdings weitgehende. Kompetenz nicht zugestehen, so würde man, 1890 war der beste Anlass dazu, in das alte System der Interventionen von 1848 zurückfallen, bei denen der Bund nur Enttäuschungen und Demütigungen erntete.

[1]) Es ist vielleicht zu bedauern, dass die B.V. diesen Bereich nicht von vornherein weiter gezogen habe, denn die kantonale Justiz muss oft in solch politischen Wirren der einen Partei verdächtig erscheinen, wenn sie von ihren politischen Gegnern ausgeübt wird, auch wenn es sich nicht um spezifisch politische Delikte handelt. Vgl. *Rüttimann*, II. S. 79, Note; *Hilty*, Polit. Jahrb., VI, 55, und den vom Volk verworfenen sog. Stabioartikel, B. Bl. 1884, I, 25; unten Art. *112* B.V.

[2]) B. Bl. 1889, I, 1024—1026, Nr. 100.

Der Bund wird in solchem Fall das Anstoss erregende Gesetz nicht durch Anmassung kantonaler Gesetzgebungsgewalt aufheben oder abändern, sondern es suspendieren und die Abänderung durch die kantonale Gesetzgebungsbehörde selbst zu bewirken suchen.

Die im Kanton Tessin gemachten Erfahrungen beweisen, dass es keineswegs undenkbar ist, dass der Bund auch in das kantonale *Verfassungsrecht* und in das Revisionsverfahren korrigierend eingreifen musste, drehten sich doch die Parteikämpfe in jenem Kanton wesentlich um Verfassungsfragen. Auf den Vorgang des Jahres 1870 wurde schon verwiesen. Die nach dem Aufstand von 1890 eingeführten Verfassungsänderungen wurden auf den Verständigungskonferenzen der Vertreter beider Parteien unter aktiver Teilnahme der Delegierten des B. R. vereinbart und das eidg. Kommissariat wurde erst aufgehoben, als der Verfassungsrat und das Volk das auf jenen Konferenzen vorbereitete Werk angenommen hatten. Und schliesslich war auch die Minderheit der eidg. Räte dieser theoretischen Ansicht weniger feindlich gestimmt als ihrer Anwendung im gegebenen Falle, als sie sagte: «Es handelt sich um die Frage, ob ohne äusserste Notwendigkeit auch nur auf kurze Zeit die Suspension der kantonalen Gewalten erfolgen darf[1])», und diese Frage verneinte. Ob dieser Fall der Not eingetreten sei, ist schliesslich nur eine Frage des Grades, und derjenige, der inmitten der Schwierigkeiten und politischen Leidenschaften steht und auf seine Verantwortung hin zu handeln hat, wird den Zwang der Lage lebhafter empfinden als der später nach Akten Urteilende[2]).

E. Die Kosten.

Wie die Kantone für die Erhaltung der öffentlichen Ordnung auf ihrem Gebiete zu sorgen haben und der Bund nur seine Hülfe leistet, wenn die Kantone ihrer Aufgabe nicht gewachsen sind, so sind auch die *Kosten,* die aus dieser Aufgabe erwachsen, zu Lasten der Kantone, habe nun der Kanton selbst den Dienst besorgt, oder der Bund für ihn. Weil der Bund, wenn er interveniert, die Geschäfte des Kantons führt, hat auch nicht *er* die Kosten zu tragen, sondern der Kanton. Die Pflicht, die Kosten zu zahlen, folgt also nicht aus Schuld oder Unschuld des betreffenden Kantons, sondern aus dem bundesstaatlichen Verhältnis, in dem Bund und Kantone zu einander stehen. Daher, m. E., die *Regel* des letzten Absatzes[3]). Die Auferlegung der Kosten, oder besser

---

[1]) B. Bl. 1890, IV, 668. Vgl. auch die oben S. 179 wiedergegebene Erwägung des B. R. im Rekursentscheid Mola.

[2]) Schon die im Jahre 1839 nach dem Kanton Wallis gesandten Kommissäre Schaller und Baumgartner beantragten dem Vorort (Beilage zum Absch. 1839, lit. *D D*), es sei der Kanton Wallis nötigenfalls mit Anwendung von Gewalt auf der Grundlage der 9 Vergleichungsartikel vom 9. März gl. J. von Bundes wegen zu rekonstituieren. Die Tagsatzung beschloss wirklich, zur Vermeidung der Spaltung des Kantons, am 11. Heumonat 18[illegible]0 die Rekonstituierung des Kantons und zu diesem Behuf die Wahl eines Verfassungsrates im Verhältnis von einem Mitglied auf 1000 Seelen der Gesamtbevölkerung; die bisherigen Kommissarien sollten als Repräsentanten der Eidgenossenschaft die Rekonstituierung des Kantons Wallis einleiten (Absch. 1839, S. 209). Später schlug allerdings die Tagsatzung wieder den Weg der Vermittlung ein; vgl. auch den Bericht der N. R. K. vom 24. Juni 1875 betr. die Ausweisung bernischer Geistlicher aus einigen Bezirken des Jura, B. Bl. 1875, III, 609, und unten Art. *50*.

[3]) Von einer entgegengesetzten Auffassung ging B. R. *Schenk* aus, als er 1893 im St. R. ausführte: Unter dem Bundesvertrag von 1815 war es klar, dass, wenn ein Kanton

die Zahlung der dem Kanton von Rechts wegen zukommenden Schuld soll nun aber den Zweck der Intervention nicht wieder vereiteln, was leicht der Fall sein kann, wenn jede der streitenden Parteien geneigt ist, die Schuld der Unruhen und der Intervention auf die andere zu wälzen. Daher die Ausnahme von der Regel.

Dabei kommt nicht das Verhalten des Kantons gegenüber der intervenierenden Eidgenossenschaft in Betracht, sondern die innerkantonale politische Lage. Denn ersteren Falles müsste gerade demjenigen Kanton die Schuld am ehesten erlassen werden, der sich der Eidgenossenschaft gegenüber am ungebärdigsten und renitentesten gezeigt hat, was ihn zu neuen Unruhen nur ermutigen könnte. Im Verhältnis der streitenden Parteien zu einander ist dies weniger zu befürchten; man kann vernünftigerweise verlangen, dass der Hader nicht sofort von neuem heraufbeschworen werde, nur damit der Gerechtigkeit Genüge getan werde; es steht dies mit dem Zweck der Regel nicht im Widerspruch, sobald man nicht davon ausgeht, dass die Auferlegung der Kosten eine Art Strafe sei. Die «besonderen Umstände» des letzten Absatzes von Art. 16 sind also m. E. solche, unter denen die Auferlegung der Kosten der eidg. Intervention das Friedenswerk wieder gefährden könnte. Der B. Vers. ist aus politischen Gründen ein Dispensationsrecht gegeben.

Die B. Vers. hat neben diesem Grund noch andere in Rechnung gezogen, namentlich die dem Kanton zur Last fallende grössere oder kleinere Schuld[1]. Bei der Genfer Intervention vom Jahre 1864 wurde u. a. die exponierte Lage des Kantons und die Gefahr einer Entfremdung geltend gemacht[2]. Dem Kanton Zürich wurden die Interventionskosten im Jahre 1871 nicht erlassen[3]. Dem Kanton Tessin endlich wurden die für die Interventionen von 1889 und 1890 nach längerer Diskussion ganz erlassen. Es waren im ganzen Fr. 435,303. 68. Der B. R. hatte vollständigen Erlass beantragt; in der N. R. K. beantragte die Mehrheit Erlass zur Hälfte, eine Minderheit zu $^2/_3$ und eine andere schloss sich dem B. R. an. Für den Erlass fiel namentlich in die Wagschale, dass die Überbindung der Kosten den Parteistreit wieder anzufachen drohe, dass der Kanton sich in einer schwierigen Finanzlage befinde, und dass trotz allem beide Parteien gute eidg. Gesinnung an den Tag gelegt hatten. Die Mehrheit der K. begründete den bloss teilweisen Erlass damit, dass in verhältnismässig kurzer Zeit im gleichen Kantone zwei Interventionen stattfinden mussten. Zur Unterstützung des vollständigen Erlasses bemerkte *Gobat* zutreffend: Diejenigen, welche im Erlass das Revolutionsrecht anerkannt zu sehen fürchten, betrachten die Auferlegung der Kosten als eine Strafe; eine Strafe solle aber nur Schuldige treffen und

---

vom anderen Zuzug verlangte, er ihn auch entschädigen musste; heute braucht „kein Kanton den andern mehr zu mahnen, sondern der Bund ist verpflichtet, selbst zu sorgen, und über Aufrechterhaltung von Ruhe und Ordnung im Lande die Aufsicht zu führen". St. B III, S. 154.

[1]) Wobei es stets fraglich ist, ob man die wirklich schuldigen Individuen (denn nur solche trifft eine Schuld) erreicht, während sicher eine Menge unschuldiger Steuerzahler getroffen werden; schon daraus ergibt sich, wie mangelhaft eine solche Strafe wirkt.

[2]) Botschaft des B. R. v. 7. Juli 1866 (B. Bl. 1866, II, 292 ff.); die Kosten betrugen Fr. 433,614. 21; B. B. vom 10. Juli 1866 (A. S. VIII, 851).

[3]) Botschaft des B. R., der keinen besonderen Grund für Abweisung anführt, sondern *bloss die* Gründe der Zürcher Regierung zurückweist, B. Bl. 1872, III, 823, 974: 1873, I, 197 *Die* Kosten betrugen Fr. 62,277. 18.

die Interventionskosten müssten von allen bezahlt werden[1]). Nach *Hilty* wurden die Kosten des 1856er Truppenaufgebotes dem Kanton Neuenburg erlassen, weil sie nicht sowohl aus der Intervention, als aus der Kriegsrüstung gegen das Ausland entstanden; da sich die Präzedenzfälle von Zürich und Genf gegenseitig aufheben, so müsse hier eine prinzipielle Auslegung gegeben werden. Er befürwortete den Erlass zu $^2/_3$: in einem wohlgeordneten Staate müssen Revolutionen etwas kosten, selbst wenn sie eine innere Berechtigung haben sollten. Der N. R. stimmte diesem Antrag zuerst mit kleinem Mehr zu. — Im St. R. beantragte die Mehrheit der K. Zustimmung zum Beschluss des N. R.; der Rat beschloss aber schliesslich mit 22 gegen 21 Stimmen gänzlichen Erlass; der N. R. stimmte am 17. Juni 1892 zu[2]). — Angesichts dieser Praxis kann wohl gesagt werden, dass die Regel zur Ausnahme geworden ist und dass sie es wohl auch bleiben wird.

Wenn die B. Vers. die Intervention selber angeordnet oder die vom B. R. verfügte genehmigt hat, kann der Kanton, der sie nicht selber angerufen hat, die Pflicht, die Kosten zu bezahlen, nicht mehr deshalb bestreiten, weil die Intervention nicht gerechtfertigt war.

Dagegen ist mit der grundsätzlich festgestellten Berechtigung der Intervention noch nicht gesagt, dass der Kanton auch die vom B. R. aufgestellte *Kostenrechnung* in allen Teilen anerkennen muss. Sowohl der Kanton Genf, 1864, als der Kanton Zürich, 1870, beanstandeten den vom B. R. ausgerechneten Betrag, weil der Bund mehr Truppen aufgeboten habe[3]), als notwendig gewesen wäre. Der B. R. antwortete beim ersterwähnten Anlass richtig, wenn er interveniere, trage er die Verantwortlichkeit für die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung, und ihm stehe daher die Entscheidung darüber zu, was zu tun notwendig sei. Indem die B. Vers. die Massnahmen des B. R. billigt, entzieht sie auch dieser Einrede den Boden; missbilligt sie diese Massnahmen, so kann sich der Kanton auch darauf berufen.

Schwieriger ist die Frage, welche aller Auslagen, die der Eidgenossenschaft aus der Intervention erwachsen sind, vom Kanton zurückgefordert werden können. Es sind grundsätzlich diejenigen, die ihr aus der Führung kantonaler Verwaltungsgeschäfte, namentlich aus der Herstellung der öffentlichen Ordnung manu militari erwachsen sind. Die Kosten der mit der Intervention zusammenhängenden strafgerichtlichen Untersuchung und Beurteilung gehören dagegen nicht dazu[4]). Der 4. Absatz des Art. 16 wurde nie auf die Kosten nichtbewaffneter Interventionen angewendet.

F. Gefahr von einem andern Kanton.

Die Worte: «oder wenn von einem andern Kantone Gefahr droht», wurden 1848 mit Rücksicht auf die Freischarenzüge aufgenommen[5]). Es st dabei nicht zunächst vorausgesetzt, dass das offizielle Verhalten des

[1]) St. B. II. S. 368.

[2]) Botschaft des B. R. vom 15. Dez. 1891. B. Bl. 1891, V, 785. Diskussion im N. R., St. B. II, p. 363 ff.; III, 225, im St. R. III, 107 ff. Vgl. namentlich das Votum von *Isler*. B. B.: A. S. XIII, 415.

[3]) Botschaften des B. R. v. 7. Juli 1866, B. Bl. 1866, II, 292 ff., und vom 4. Dez. 1872, B. Bl. 1872, III, 824.

[4]) Botschaft des B. R. v. 15. Dez. 1871, B. Bl. 1871, V, 786.

[5]) Vgl. Tagsatzungsbeschluss vom 20. März 1845 über das Verbot der Freischaren, Off. S. III, 292.

Kantons die Sicherheit eines andern gefährde, sondern vielmehr, dass die Gefahr von Privatpersonen ausgehe, die sich auf dem Gebiet eines Nachbarkantons befinden. Der Kanton, von dem aus die Gefahr droht, wird in der Regel seine eidg. Pflichten gegenüber seinen Mitständen verletzen, sei es, dass er durch das Verhalten seiner Behörden drohe, oder, dass er gefährliche Unternehmungen von Privatpersonen auf seinem Gebiet dulde; eine Verletzung des speziellen Verbotes der Selbsthülfe (Art. 14) braucht es nicht zu sein. Will dieser Kanton die für andere bedrohlichen Auftritte auf seinem Gebiete verhindern und fühlt er sich dazu ausser stande, so kann *er* ja auf Grund von Art. 16 B.V. die Hülfe des Bundes zur Herstellung der Ordnung bei sich anrufen.

Setzt aber der fragliche Passus des Art. 16 beinahe notwendig ein Verschulden des Nachbarkantons voraus, so erscheint die Intervention des Bundes aus diesem Grund in einem andern Licht als die oben besprochene; sie bezweckt allerdings auch, im Hülfe suchenden Kanton die öffentliche Ordnung aufrecht zu erhalten, in erster Linie richtet sie sich aber gegen den Nachbarkanton: sie ist ein Fall der Bundesexekution (Art. 85, Ziffer 8), der nicht brauchte besonders erwähnt zu werden. Die darauf bezüglichen Worte passen auch nicht recht in den Art. 16; Abs. 4 lässt sich nicht auf diesen Fall anwenden. Zur Anwendung ist die Bestimmung nie gekommen.

G. Mahnung anderer Kantone.

Die B.V. gestattet einem Kanton, der innerer Unruhen nicht Meister wird, in dringenden Fällen andere Kantone zur Hülfe zu mahnen, und verpflichtet diese Kantone zur Hülfeleistung. Schon im System des Art. 16 ist diese Hülfeleistung nur eine subsidiäre, in dem Sinne, dass sie nur zu verlangen und zu leisten ist der besonderen Dringlichkeit des Falles wegen und mangels früheren Eintreffens der eidg. Hülfe. Die kantonale Hülfeleistung fällt weg, sobald der Bund intervenieren kann; die Intervention des Bundes schliesst den kantonalen Zuzug aus[1]). Die Kantone, auch wenn sie gemahnt sind, haben gegenüber dem Bund kein *Recht*, die Hülfe zu leisten, und der mahnende Kanton hat nicht die Wahl zwischen Kantons- und Bundeshülfe. Wie unpraktisch aber die ganze Bestimmung ist, zeigte der einzige Fall, in dem sie seit 1848 angewendet wurde: im September 1890. Der Vizepräsident des gesprengten tessinischen Staatsrates ersuchte die Kantone Luzern und Uri um Hülfe. Der Landammann von Uri telegraphierte dem B. R. am 12. September: «Regierungs-Vizepräsident Bonzanigo, Tessin, verlangt unsere Hülfe, gestützt auf Art. 16 der B.V. Bitten sofortige Instruktion.» Der Regierungsrat des Kantons Luzern meldete dem B. R., er werde dem Gesuche entsprechen, insofern der B. R. nicht schon bezügliche Vorkehren getroffen habe. Beide hatten die bestimmte Empfindung, dass hier nicht doppelt gefahren werden dürfe und dass dem B. R. die einheitliche Leitung zustehen müsse, sobald er handeln wolle. Der B. R. hatte auch bereits seine Anordnungen getroffen, und er antwortete den beiden Kantonen, ihre Hülfeleistung sei infolge dessen nicht nötig[2]). Dies wird stets der Fall sein: der B. R. ist mit dem Telegraph ebenso schnell

[1]) B. Bl. 1890, IV, 49—50.
[2]) B. Bl. 1890, IV, 160—162.

zu erreichen wie die nächste Kantonsregierung, er kann über alle gerade im Instruktionsdienst befindlichen Truppen, in welchem Kanton sie auch seien, verfügen und die geeignetsten auswählen. Zudem müssten ja die von einem Kanton aufgebotenen Truppen so wie so unter seinen Befehl gestellt werden (Art. 17). Es springt aber in die Augen, dass das Aufgebot selber ebenso schnell und zweckmässiger vom B. R. ausgeht als von einem Nachbarkanton. Das Mahnen der nächstgelegenen Kantone zur Dämpfung innerer Unruhen hatte noch einigen praktischen Wert zur Zeit der Eilboten, heute hat es keine Existenzberechtigung mehr[1].

H. Kompetenzen.

Betr. die *Kompetenzen* des B. R. und der B. Vers. in Interventionssachen vgl. Art. 85, Ziffer 7, und 102, Ziffer 3 und 10, B. V.

Art. 17.

In den durch die Art. 15 und 16 bezeichneten Fällen ist jeder Kanton verpflichtet, den Truppen freien Durchzug zu gestatten. Diese sind sofort unter eidgenössische Leitung zu stellen.

I. Geschichte.

Der bei Art. 16 wiedergegebene Art. 20 der *Mediationsverfassung* gab dem Landammann der Schweiz die Befugnis, unter gewissen Bedingungen im Falle eines Aufstandes im Innern eines Kantons, oder irgend eines andern dringenden Bedürfnisses Truppen von einem Kanton in den andern marschieren zu lassen. — Der *Bundesvertrag* von 1815 enthielt über die Pflicht, den Durchzug zu gestatten, keine ausdrückliche Bestimmung; doch war diese Pflicht wohl, wie im alten Recht, in der allgemeineren Hülfspflicht enthalten (vgl. § IV, Abs. 4). — Das gleiche ist von den Entwürfen von 1832 und 1833 zu sagen. — Die Revisionskommission schlug die Bestimmung 1847 in der heutigen Fassung vor, in der sie von der Tagsatzung angenommen wurde[2]. Sie ging unverändert in die geltende B. V. über.

II. Auslegung.

Art. 17 enthält die zwei Rechtssätze, dass jeder Kanton verpflichtet ist, den Hülfe bringenden Truppen anderer Kantone freien Durchzug zu gestatten, und dass diese Truppen sofort unter eidg. Leitung zu

[1] Die gleiche Ansicht äussert *Hilty*, Polit. Jahrbuch, VI, 56—57. Welche Inkonvenienzen schon vor 1848 die gleichzeitige Intervention des Vorortes und anderer gemahnter Kantone hatte, zeigt die Intervention des Vorortes Luzern im Kanton Schwyz 1838; vgl. Kreisschreiben des Vorortes Luzern an die eidg. Stände vom 5. Brachmonat. Abschiede zur ausserordentl. Tags. von 1844, Beilage C, S. 23 ff.

[2] Prot. der Komm., 20, 152, 163; Absch. 1847, IV, S. 68, 251.

stellen sind. Dass unter eidg. Kommando stehenden Truppen der Durchzug bewilligt werden muss, wurde 1848 als selbstverständlich erachtet und deshalb nicht erwähnt. Der zweite Satz wurde in der Revisionskommission damit motiviert, dass Aargau 1845 die Berner Hülfstruppen unter kantonalen Befehl stellte und Luzern sich weigerte, nach den Freischarenzügen die gemahnten Hülfstruppen gemäss der Aufforderung des Vorortes Zürich unter eidg. Befehl zu stellen. Gleichgestimmte Kantone sollen also einander nicht mehr zur Unterdrückung innerer Unruhen oder zur Abwehr von Angriffen anderer Kantone ohne Dazwischenkunft des Bundes behülflich sein können. Wenn sich der Fall eines solchen Zuzuges auf Mahnung hin noch ereignen sollte, so wären nicht nur die von einem entfernteren Kanton zuziehenden Truppen unter eidg. Befehl zu stellen, sondern alle Truppen; und wenn es sich um innere Unruhen handelte, müsste der Bund intervenieren, d. h. nicht nur die Truppen unter seinen Befehl nehmen, sondern die Regierungsgewalt des Kantons an sich ziehen, was offenbar auch gemeint ist; denn der eidg. Befehlshaber kann nicht gehalten sein, der bedrohten kantonalen Regierung zu gehorchen. Es wurde aber schon bei Art. *15* und *16*, II, F. G., ausgeführt, warum der hier geregelte Fall kaum mehr vorkommen wird.

Art. 18.

Jeder Schweizer ist wehrpflichtig.

Wehrmänner, welche infolge des eidgenössischen Militärdienstes ihr Leben verlieren oder dauernden Schaden an ihrer Gesundheit erleiden, haben für sich oder ihre Familien im Falle des Bedürfnisses Anspruch auf Unterstützung des Bundes.

Die Wehrmänner sollen ihre erste Ausrüstung, Bekleidung und Bewaffnung unentgeltlich erhalten. Die Waffe bleibt unter den durch die Bundesgesetzgebung aufzustellenden Bedingungen in den Händen des Wehrmannes.

Der Bund wird über den Militärpflichtersatz einheitliche Bestimmungen aufstellen.

I. Geschichte.

Weder die *Mediationsakte* noch der *Bundesvertrag* von 1815 enthielten Bestimmungen über die Wehrpflicht des Bürgers; dagegen enthielt das allgemeine Militärreglement vom 20. Aug. 1817 (Absch. 1817, S. 53) in Art. I die Bestimmung: «Nach angeerbter Verpflichtung ist jeder Schweizer Soldat und verpflichtet, zur Verteidigung des Vater-

landes Kriegsdienst zu tun». Dabei mag auch an Art. 25, Abs. 1, der ersten *helvetischen* Verfassung erinnert werden, welcher bestimmte: «Jeder Bürger ist ein geborener Soldat des Vaterlandes; er kann sich durch einen anderen ersetzen lassen, wenn es das Gesetz erlaubt; er ist aber schuldig, wenigstens zwei Jahre in einem Unterrichts-Corps, so jeder Kanton aufstellen wird, zu dienen.»

Der *Entwurf von 1832* erklärte in Art. 30: «Jeder Schweizer ist Soldat.» Art. 31: «Wehrpflichtig sind auch die angesessenen Fremden, mit Ausnahme der anerkannten Angehörigen solcher Staaten, in welchen die Schweizer der Wehrpflicht nicht unterworfen sind.» Die Tagsatzung behielt im Entwurf von 1833 (Art. 24) nur die erste Bestimmung bei.

Kern und *Druey* schlugen der Kommission von 1848 wiederum die Bestimmungen des Entwurfs von 1832 vor; in der Kommission wurde bezüglich der Fremden bemerkt, sie werden allerdings bei einem inneren Kriege, wie kürzlich praktiziert, vom Militärdienst ausgeschlossen, nicht aber von vornherein bei äusseren Kriegen. Schliesslich wurde aber der Zusatz betr. die Wehrpflicht der Fremden gestrichen [1]. Die Tagsatzung ersetzte im Art. 18 der Kommission bloss das Wort «militärpflichtig» durch «wehrpflichtig»; die Verfassung von 1848, Art. 18, lautete daher: «Jeder Schweizer ist wehrpflichtig [2].»

Bei der Verfassungsrevision vom Jahre 1872 wurde in der N. R. K. und in der St. R. K. mehrfach angeregt, die Dauer der Dienstpflicht zu bestimmen, und schliesslich vom N. R. bei Art. 19 auch ein darauf bezüglicher zweiter Absatz angenommen. Der St. R. strich ihn aber wieder, da dies in das Gesetz gehöre. Dagegen schaltete er bei Art. 18 den jetzigen 2. Abs. betr. die Entschädigungspflicht des Bundes ein [3].

Der 1. Teil des 3. Abs. und der 4. Abs. wurden vom B. R. in seinem Entwurf vom 4. Juli 1873 vorgeschlagen; im letzteren ersetzte die St. R. K. das Wort «kann» durch «wird» (S. 16 des Prot.) und im 3. Abs. fügte der N. R. den 2. Satz bei [4]. Der B. R. wies auf die Ungleichheit hin, die in den Kantonen bezüglich der Beschaffung der Kleidung und Ausrüstung bestehe; ein Berner Infanterist diene im Auszug 5 Jahre und bezahle an seine Ausrüstung Fr. 17, während der Appenzeller A.-Rh. 11 Jahre im Auszug bleibe und Fr. 92.20 zu bezahlen habe; im Jahre 1871 haben die Wehrmänner im ganzen Fr. 654,050 bezahlt.

II. Auslegung [5].

Abs. 1 stellt den Grundsatz auf, dass jeder Schweizer persönlich wehrpflichtig ist. Unter Wehrpflicht ist die Pflicht, im schweizerischen Heere (vgl. Art. 19) zu dienen, verstanden, im Gegensatz zur pekuniären Ersatzpflicht des 4. Abs.; aber nicht nur in den Waffen tragenden Truppengattungen, sondern in irgend einer. Der Grundsatz, dass *jeder* Schweizer wehrpflichtig, beansprucht nicht absolute Geltung; er bedarf

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 45, 196.
[2] Abschiede 1847, IV, 175, 176, 251.
[3] Prot. des N. R. 1871/1872, S. 66, 92, 527, 616. Prot. des St. R. 16. Januar, 26., 29. Februar 1872. Der Antrag, die Waffe dem Manne nach Leistung der vollen gesetzlichen Dienstpflicht zu Eigentum zu überlassen, wurde abgelehnt.
[4] Vgl. *Blumer-Morel*, II, S. 317, 318. Prot. des N. R. 1873/1874, S. 4 ff.
[5] *Blumer-Morel*, II, 322; *Rüttimann*, II, § 914—926.

der Einschränkung, was schon daraus hervorgeht, dass Art. 18 das dienstpflichtige Alter nicht bestimmt; auch die übrigen Bedingungen der Diensttauglichkeit müssen durch Gesetz oder Verordnung[1]) aufgestellt werden. Der Sinn des Art. 18 scheint daher der zu sein, dass ein Schweizer nur aus militärischen Gründen soll von der Dienstpflicht befreit werden. Bei näherer Überlegung erscheint aber diese Definition zu eng; es kann unmöglich die Absicht der Verfassung sein, dass allein die individuelle Beschaffenheit über die Herbeiziehung zum Heere entscheide, ohne alle Rücksicht auf die Funktion, die der Betreffende im Staate und in der Gesellschaft ausübt. Auch im Kriegsfalle muss der Staat weiter verwaltet werden, und bedarf er der politischen Führung; einzelne gesellschaftliche Funktionen, die der Privattätigkeit überlassen sind, sind gerade dem kriegführenden Staate unentbehrlich, z. B. die Transport- und Verkehrseinrichtungen.

Anderseits ist nicht zu verkennen, dass, wenn alle dem Staate oder der Gesellschaft nützlichen Tätigkeiten vom Militärdienst befreien sollten, der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht zum blossen Schein würde; soll er zur Wirklichkeit werden, so dürfen nur diejenigen staatlichen Ämter einen Befreiungsgrund bilden, die unter keinen Umständen eine Einstellung oder eine Verwaltung durch Stellvertreter dulden, und nur diejenigen Privatberufe, die im militärischen Interesse selbst in gleicher Weise weitergeführt werden müssen. Denn der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht ist nicht nur in Zweckmässigkeitsrücksichten begründet, nämlich in der Rücksicht auf die wirtschaftlich beste Organisation des kriegführenden Staates, sondern auch in Erwägungen der Gerechtigkeit und der Politik: es soll die persönliche Last des Militärdienstes möglichst gleichmässig verteilt und möglichst allgemein verbreitet sein, damit jeder am Militärwesen interessiert sei[2]).

Die obigen Erwägungen haben im allgemeinen den Gesetzgeber geleitet bei der Aufstellung der Befreiungsgründe in Art. 2 und 5 der M. O.; nur die Befreiung der Geistlichen lässt sich aus den angeführten Gesichtspunkten nicht rechtfertigen und erscheint, wenn diese zutreffend sind, als eine Ausnahme; es ist auch nicht konsequent, dass nur die Beamten des höchsten Gerichtes des *Bundes* und nicht auch der Kantone von der Wehrpflicht befreit sind. Sei dem aber wie ihm wolle, Art. 18, Abs. 1, der B.V. hat durch die Art. 1—5 der M. O. seine authentische Auslegung erfahren, die praktisch allein noch in Betracht kommt[3]).

Wie schon bemerkt, enthält Art. 18, Abs. 1, auch den Grundsatz, dass die Wehrpflicht, wo sie besteht, persönlich zu erfüllen ist; die M. O. hat diesen Grundsatz ausnahmslos durchgeführt.

---

[1]) Die körperlichen und geistigen Erfordernisse der Militärtauglichkeit sind in der b. r. Instruktion vom 2. Sept. 1887 enthalten. Militärverordnungsblatt, 1887, Nr. 10; vgl. Verordnung betr. die Aushebung der Wehrpflichtigen, vom 1. Mai 1903 (A. S., XIX, 569), § 7.

[2]) Im Jahre 1903 wurden von 26,564 Rekruten des Jahrganges 1881 13,399, d. h. 49,6%, dauernd oder auf Zeit untauglich erklärt. B. Bl. 1904, II, 8. Am 1. Jan. 1901 waren 54, 61% aller im dienstpflichtigen Alter befindlichen Männer vom Dienst befreit; vgl. Eidg. Staatsrechnung für 1902, B. Bl. 1903, III, Beilage zu S. 27.

[3]) Vgl. *Blumer-Morel,* II, 319. — Dem Geiste des Art. 18, Abs. 1, ist es zuwider, wenn die Bestimmungen über die Tauglichkeit zum Militärdienst bei der Rekrutierung strenger gehandhabt werden aus Sparsamkeitsgründen, wie der B. R. in seiner Botschaft vom 26. Mai 1899, B. Bl. 1899, III, 352, betr. die Finanzlage des Bundes selber anerkannte.

Die B. V. sagt nichts über die *Art* und die *Dauer* des zu leistenden Instruktionsdienstes, noch über die vom Staat in Form des Soldes zu leistende *Entschädigung;* sie wollte nur bestimmen, wer dienstpflichtig sei, nur einen gerechten Verteilungsmassstab der Lasten des wie immer gestalteten Militärdienstes auf die einzelnen Bürger geben.

Es ist schon hervorgehoben worden, dass der Grundsatz der allgemeinen Wehrpflicht, wie er in Art. 18 statuiert ist, auch die Organisation des Heeres bestimmt, indem er stehende Truppen ausschliesst (Art. 13); er hat ferner die Folge, dass, wenn er wirklich durchgeführt werden will, das System der numerisch bestimmten Kantonskontingente, wie es bis 1874 bestand, nicht mehr möglich ist.

Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob Art. 18, Abs. 1, der B.V. auch ein *subjektives Recht,* wenigstens stillschweigend, begründe, in das Heer aufgenommen zu werden. Dies ist zu verneinen[1]; einmal, weil dieses Recht, wenn es überhaupt besteht, nur darauf gehen kann, dass derjenige, der die vom Gesetz und den Verordnungen aufgestellten Bedingungen erfüllt, zum Militärdienst ausgehoben werde, und das fragliche Recht daher nur in den Spezialerlassen gegeben sein kann, welche jene Bedingungen aufstellen, und nicht in der Verfassungsbestimmung; denn, wenn auch die Verfassungsbestimmung mit der Pflicht zugleich das Recht statuieren wollte, so könnte doch eine Verletzung jenes supponierten Rechtes nur an Hand der Ausfürungserlasse dargetan werden. Art. 18, Abs. 1, ist kein unmittelbar anwendbarer Rechtssatz, und will es nicht sein; wie sich die Wehrpflicht des Bürgers im Einzelfalle nach Art. 18 nicht beurteilen lässt, so auch nicht sein Recht, wenn ein solches Recht aus Art. 18 überhaupt abzuleiten ist. — Letzteres ist übrigens nicht richtig. Die Verfassung hat den einfachen und klaren Gedanken ausgedrückt, dass jedermann wehrpflichtig sei; nichts berechtigt zur Annahme, dass sie mehr sagen wollte, auch nicht die Wahrscheinlichkeit, dass die Urheber der Verfassung der Meinung waren, die Wehrpflicht sei zugleich ein Ehrenrecht des Bürgers. Die Frage wurde praktisch anlässlich des Ausschlusses unwürdiger und moralisch verderblicher Elemente aus dem Heere. Die Zulässigkeit des Ausschlusses ist m. E. einzig auf Grund der M. O., Art. 4, unter analoger Herbeiziehung des Art. 13 M. O. und des § 7, Ziffer 6, der Verordnung betr. die Aushebung der Wehrpflichtigen, vom 1. Mai 1903 (A. S., XIX, 569), zu prüfen und nach geltendem Recht zu verneinen. *Salis,* III, Nr. 1239; 1. A., III, Nr. 840, 840a.

Der **2. Abs.** erhielt zuerst seine Ausführung durch das Bundesgesetz über Militärpensionen und Entschädigungen, vom 13. November 1874 (A. S., I, 378), seither durch das Bundesgesetz betr. Versicherung der Militärpersonen gegen Krankheit und Unfall, vom 28. Juni 1901 (A. S., XVIII, 803)[2]. Dieses Gesetz geht über das von der Verf. geforderte Mass hinaus, indem es nicht nur die Wehrmänner im eigentlichen Sinne, d. h. im Militärdienst befindliche Personen versichert, sondern auch eine Reihe anderer, die militärische Pflichten erfüllen, ohne im Militärdienst zu sein, oder die in anderer Eigenschaft an militärischen Verrichtungen teilnehmen (Art. 2

---

[1]) Der B. R. nimmt ein solches Recht an, wenigstens auf Grund der M. O., B. Bl. 1899, III, 352.

[2]) Schon seit dem Jahre 1887 versicherte der Bund diejenigen Militärs, die freiwillig einen Teil der Prämien bezahlten, bei der Unfallversicherungsgesellschaft „Zürich" gegen Unfall. Vgl. B. Bl. 1898, III, 900.

bis 5); indem es diese Personen nicht nur gegen den Schaden versichert, der die Folge des eidg. Militärdienstes ist, sondern auch gegen die Folgen von Unfall und Krankheit, die sie während der Dienstzeit treffen (Art. 6 bis 8), und zwar auch bei kantonalem Militärdienst (Art. 1)[1]); indem es sie nicht nur für den Fall des Todes oder *dauernden* Schadens, sondern jeden Schadens versichert, und indem der Anspruch auf Entschädigung nicht nur im Falle des Bedürfnisses, sondern abgesehen hiervon gegeben ist. — Der Versicherte hat keine Versicherungsprämien zu zahlen. — Er hat in allen Fällen ein Rekursrecht gegen die seine Pension oder Entschädigung feststellende untere Behörde an den B. R.

Abs. 3. Unter der B. V. von 1848 bestimmte das kantonale Recht in der verschiedensten Weise, inwieweit der Wehrmann die Kosten der Bekleidung, Bewaffnung und Ausrüstung zu tragen hatte[2]).

Die Ausführung des nunmehrigen Grundsatzes der B. V. ist in der M. O., Art. 141—161, enthalten; diese Bestimmungen gewähren insofern mehr als die B. V., als nicht nur die *erste* Ausrüstung, Bekleidung und Bewaffnung unentgeltlich ist, sondern auch die Ersatzstücke der Bekleidung und Ausrüstung nach einer bestimmten Gebrauchszeit. Welche Bekleidungs- und Ausrüstungsgegenstände der Soldat vom Staat (Kanton) zu beziehen hat, bestimmt die b. r. Verordnung über die Mannschaftsausrüstung der schweiz. Armee, vom 2. Juli 1898 (A. S., XVI, 736).

Dagegen erhält der Offizier nur teilweise die Ausrüstung in natura, für den übrigen Teil und die Bekleidung wird dem Offizier eine tatsächlich ungenügende, vom B. R. festzusetzende Vergütung in Geld zuteil (M. O., Art. 149; Verordnung vom 11. Januar 1898, A. S., XVI, 471). Die Pferde haben die berittenen Offiziere gegen Entschädigung zu liefern; die Kavalleriesoldaten und -unteroffiziere erhalten die Pferde zum halben Schatzungswerte vom Bund oder, wenn sie sie selber stellen, wird ihnen der halbe Schatzungswert vergütet, die andere Hälfte dieses Wertes wird während der zehnjährigen Dienstzeit durch jährliche Rückbezahlung eines Zehntels desselben an den Besitzer amortisiert, worauf der Kavallerist Eigentümer des Pferdes bleibt (M. O., Art. 182, 191 ff.).

Der zweite Satz des Abs. 3 ist durch die Art. 155, 157, 159—161, M. O., näher ausgeführt; die Bedingungen des Behaltens der Waffe sind namentlich: sorgfältige Unterhaltung und Anwesenheit. Die Waffe sowie die Ausrüstungs- und Kleidungsgegenstände bleiben Eigentum des Staates[3]) und können weder veräussert noch gepfändet werden; sie sind in gewisser Beziehung extra commercium (Art. 159, 161, Abs. 2). *Salis*, III, Nr. 1246; vgl. Art. 11, Ziffer 5 u. 6, des Bundesgesetzes betr. den Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen, vom 22. März 1888 (A. S., X, 652). — Der Offizier erhält Eigentum sowohl an den ihm in natura verabfolgten Bewaffnungs- und Ausrüstungsgegenständen, als an der von ihm aus der staatlichen Vergütung angeschafften Bekleidung, jedoch dürfen erstere weder veräussert noch verpfändet noch ausgeliehen werden bis nach vollständig erfüllter Dienstpflicht, und die empfangene Vergütung ist nach Verhältnis der Zeit zurückzuerstatten, wenn die Dienstpflicht nicht

---

[1]) St. B. 1898, VIII, 431 f., 437, 507 f.

[2]) Vgl. *Kaiser*, Schweizerisches Staatsrecht, II, S. 221.

[3]) In der N. R. K. von 1873 beantragte *Kaiser*, die Waffe solle nach beendigter Dienstzeit in das Eigentum des Mannes übergehen.

vollständig erfüllt wird (vgl. Verordnung vom 11. Januar 1898, A. S., XVI, 471).

Abs. 4 endlich hat seine Vollziehung erfahren im Bundesgesetz betr. den Militärpflichtersatz, vom 28. Brachmonat 1878 (A. S., III, 571), ergänzt durch das Bundesgesetz vom 29. März 1901 (A. S., XVIII, 695).

Art. 19.

Das Bundesheer besteht:

a) aus den Truppenkörpern der Kantone;

b) aus allen Schweizern, welche zwar nicht zu diesen Truppenkörpern gehören, aber nichtsdestoweniger militärpflichtig sind.

Die Verfügung über das Bundesheer mit Inbegriff des gesetzlich dazu gehörigen Kriegsmaterials steht der Eidgenossenschaft zu.

In Zeiten der Gefahr hat der Bund das ausschliessliche und unmittelbare Verfügungsrecht auch über die nicht in das Bundesheer eingeteilte Mannschaft und alle übrigen Streitmittel der Kantone.

Die Kantone verfügen über die Wehrkraft ihres Gebietes, soweit sie nicht durch verfassungsmässige oder gesetzliche Anordnungen des Bundes beschränkt sind.

I. Geschichte.

Die *Mediationsakte* setzte in Art. 2 das von jedem Kanton zu stellende Kontingent fest und erteilte der Tagsatzung in Art. 34 folgende Kompetenzen: «Die Tagsatzung befiehlt die Stellung des im zweiten Artikel für jeden Kanton festgesetzten Truppenkontingents; sie ernennt den General, der sie anführen soll, und trifft überdies alle nötigen Verfügungen für die Sicherheit der Schweiz und für die Vollziehung der übrigen Vorschriften des ersten Artikels. Das nämliche Recht steht ihr zu, wenn der Ausbruch von Unruhen in einem Kanton die Ruhe der übrigen Kantone bedroht.»

Der *Bundesvertrag* von *1815* stellte in § II den Grundsatz auf, dass aus der waffenfähigen Mannschaft jedes Kantons ein Kontingent gebildet werden solle, und zwar nach dem Verhältnis von 2 Mann auf 100 Seelen Bevölkerung; die Gesamtzahl der Kontingente wurde vorläufig auf 32,886 M. und nach erfolgter Berichtigung auf 33,758 M. festgesetzt. Zudem sollte nach § III, Abs. 2, späterhin von 20 zu 20 Jahren eine Re-

vision der Mannschaftskontingente stattfinden; dies geschah durch Tagsatzungsbeschluss vom 14. Heumonat 1838 für die nächsten 20 Jahre, und zwar nach dem Verhältnis von 3 Mann auf 100 Seelen schweizerischer Bevölkerung, was die Stärke des Bundesheeres auf 64,019 Mann erhöhte[1].

Die Tagsatzung bestätigte somit s. z. s. nur geltendes Recht, als sie 1848, in materieller Übereinstimmung mit den Anträgen der Revisionskommission, in Art. 19 der neuen Verf. bestimmte:

«Das Bundesheer, welches aus den Kontingenten der Kantone gebildet wird, besteht:

a) aus dem Bundesauszug, wozu jeder Kanton auf 100 Seelen schweizerischer Bevölkerung 3 Mann zu stellen hat;

b) aus der Reserve, deren Bestand die Hälfte des Bundesauszuges beträgt.

«In Zeiten der Gefahr kann der Bund auch über die übrigen Streitkräfte (die Landwehr) eines jeden Kantons verfügen.

«Die Mannschaftsskala, welche nach dem bezeichneten Massstabe das Kontingent für jeden Kanton festsetzt, ist alle zwanzig Jahre einer Revision zu unterwerfen.»

In seinem *Entwurf vom Jahre 1870* beantragte der B. R., von jeder Feststellung der numerischen Stärke der kantonalen Kontingente abzusehen. Art. 19, Abs. 1: «Aus den Kontingenten der Kantone wird das Bundesheer gebildet. Diese Kontingente umfassen die gesamte, nach der eidgenössischen Gesetzgebung wehrpflichtige Mannschaft. — In Zeiten der Gefahr kann der Bund auch über die nicht zum Bundesheer gehörende Mannschaft der Kantone, sowie über die übrigen Streitmittel derselben verfügen. — Die Kantone verfügen über ihre Wehrkraft, soweit sie nicht durch verfassungsmässige und gesetzliche Anordnungen des Bundes beschränkt sind.»

Die N. R. K. wollte die Kontingente gar nicht mehr erwähnt wissen und fasste den 1. Absatz folgendermassen: «Das Bundesheer besteht aus der gesamten wehrpflichtigen Mannschaft der Kantone.» Die St. R. K. nahm dagegen die b. r. Fassung wieder auf.

In der B. Vers. wurden die Vor- und Nachteile der Zentralisation des Militärwesens sehr einlässlich erwogen. Die Gegner der Militärzentralisation sahen darin nicht nur eine politische Gefahr für die Kantone, sondern auch eine Verschlechterung des Militärwesens selbst, das die Mitwirkung aller Landesteile erfordere; sie befürchteten eine Erhöhung der Zölle als notwendiges Mittel zur Deckung des Defizits und eine Gefährdung der Volksfreiheit durch die Steigerung der Militärmacht. Von den vielen Anträgen seien erwähnt derjenige *Segessers*, der zur Vermeidung der letztgenannten Gefahr das Bundesheer aus den Kontingenten der Kantone bilden wollte, die aber nicht mehr als ²/₃ der gesamten, nach der eidg. Gesetzgebung wehrpflichtigen Mannschaft umfassen sollten; der letzte Drittel sollte als Ersatzmannschaft dienen[2], und

---

[1]) Off. Sammlung III, S. 1. Der Entwurf einer B. V. vom 10. Mai 1814 verpflichtete die Kantone zunächst zur Stellung eines *ersten* Kontingentes von 30,006 M. in bestimmtem Verhältnis, gab aber der Tagsatzung das Recht, eine Ergänzung und Verstärkung durch die übrige waffenfähige Mannschaft zu verlangen welch letztere ebenfalls eingeübt und organisiert werden sollte. Vgl. Art. 2 und 16. (*Kaiser* u. *Strickler*, I, S. 162, 166.)

[2]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 79.

derjenige *Dubs'*, der den Kantonen die Stellung und Organisation der Mannschaften und den Besitz des Kriegsmaterials lassen wollte; die Kantone bleiben so Meister im eigenen Hause; mit der Militärhoheit besitzen die Kantone noch die Möglichkeit, im Innern noch für Ordnung und Ruhe zu sorgen, ohne sich an einen Dritten, den Bund, um Hülfe wenden zu müssen [1]). Die Freunde der Zentralisation verwiesen auf die schon vom B. R. angeführten Gründe, namentlich auf die Kompliziertheit der bestehenden M. O., die im Kriegsfalle verhängnisvoll werden könne und weit bureaukratischer sei als die Zentralisation, auf die untergeordnete Natur der Funktionen, die den Kantonen jetzt noch verbleiben, und auf die erfahrungsgemäss ungenügenden Leistungen der Kantone. Schliesslich wurde die Fassung der N. R. K. nur insofern wesentlich geändert, dass ein zweiter Absatz über die Dauer der Wehrpflicht (20.—44. Jahr) eingeschaltet wurde; da der St. R. aber die Streichung dieses Abs. beschloss, stimmte der N. R. auch zu [2]). Art. 19 lautete danach:

«Das Bundesheer besteht aus der gesamten, nach der eidgenössischen Gesetzgebung dienstpflichtigen Mannschaft. — In Zeiten der Gefahr kann der Bund auch über die nicht zum Bundesheere gehörende Mannschaft und über die übrigen Streitmittel der Kantone verfügen. — «Die Kantone verfügen über die Wehrkraft ihres Gebietes, soweit sie nicht durch verfassungsmässige oder gesetzliche Anordnungen des Bundes beschränkt sind.»

In der N. R. K., die 1873 über den Entwurf von 1872 beriet, tauchte dann die juristisch farblose Ausdrucksweise auf: «Das Bundesheer, bestehend aus den *Truppenkörpern der Kantone*, und aus der gesamten dienstpflichtigen Mannschaft gebildet» (Antrag *von Matt*).

Im N. R. wurde endlich auf Antrag *Philippin* die heutige Fassung angenommen. Man scheint übrigens über die Tragweite des Begriffes «Truppenkörper der Kantone» nicht im klaren gewesen zu sein: *Ruchonnet* fand darin anerkannt, dass die Kantone bei der Formation der Korps mitzuwirken haben, und zwar namentlich dadurch, dass sie die Truppen auszuheben, zu besonderen Korps zusammenzufassen, mit Offizieren zu versehen und in solchem Bestande an das Bundesheer abzugeben hätten; für *Philippin* dagegen sicherte der gleiche Kommissionsvorschlag die Militärsouveränität voll der Eidgenossenschaft und behielt die Kantone nur als konstitutionelle Vollziehungsorgane bei [3]).

Den jetzigen 2. Absatz und die jetzige Fassung des 3. (das ausschliessliche und unmittelbare Verfügungsrecht) schlug der B. R. im Entwurf vom 4. Juli 1873 vor; letzterer Passus wurde sowohl in der N. R. K. als im N. R. und St. R. angefochten, aber erfolglos. Zum letzten Absatz wurde im N. R. der Antrag gestellt, am Schlusse beizufügen: «oder die Bedürfnisse des eidgenössischen Militärdienstes beschränkt sind»; er wurde aber abgelehnt. Der St. R. pflichtete dem N. R. bei [4]).

II. Auslegung.

S. unten, Art. 21.

---

[1]) Ibid., S. 84.
[2]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 66 ff., 92, 527. Prot. des St. R. vom 16. Januar 1872.
[3]) Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 15. 16; 6 ff, 49.
[4]) Ibid., S. 22, 310.

Art. 20.

Die Gesetzgebung über das Heerwesen ist Sache des Bundes. Die Ausführung der bezüglichen Gesetze in den Kantonen geschieht innerhalb der durch die Bundesgesetzgebung festzusetzenden Grenzen und unter Aufsicht des Bundes durch die kantonalen Behörden.

Der gesamte Militärunterricht und ebenso die Bewaffnung ist Sache des Bundes.

Die Beschaffung der Bekleidung und Ausrüstung und die Sorge für deren Unterhalt ist Sache der Kantone; die daherigen Kosten werden jedoch den Kantonen vom Bunde nach einer von ihm aufzustellenden Norm vergütet.

Art. 21.

Soweit nicht militärische Gründe entgegenstehen, sollen die Truppenkörper aus der Mannschaft desselben Kantons gebildet werden.

Die Zusammensetzung dieser Truppenkörper, die Fürsorge für die Erhaltung ihres Bestandes und die Ernennung und Beförderung ihrer Offiziere ist, unter Beachtung der durch den Bund aufzustellenden allgemeinen Vorschriften, Sache der Kantone.

Art. 22.

Der Bund hat das Recht, die in den Kantonen vorhandenen Waffenplätze und die zu militärischen Zwecken bestimmten Gebäude samt Zugehören gegen billige Entschädigung zur Benutzung oder als Eigentum zu übernehmen.

Die Normen für die daherige Entschädigung werden durch die Bundesgesetzgebung geregelt.

I. Geschichte.

Die *Mediationsverfassung* enthielt keine entsprechende Bestimmung (vgl. Art. *19*). Der *Bundesvertrag von 1815* ging in dieser Beziehung weiter; § VIII, letzter Absatz, lautete: «Die Tagsatzung trifft alle erforderlichen Massregeln für die äussere und innere Sicherheit der Eidgenossenschaft. Sie bestimmt die Organisation der Kontingentstruppen, verfügt über derselben Aufstellung und Gebrauch, ernennt den General, den Generalstab und die eidgenössischen Obersten. Sie ordnet, im Einverständnis mit den Kantonsregierungen, die Aufsicht über die Bildung und Ausrüstung der Militärkontingente an.»

Der *Entwurf von 1833,* der der B. V. von 1848 zum Vorbild diente, enthielt als Art. 27 folgende Bestimmung:

«Um in dem Bundesheer die erforderliche Gleichförmigkeit und Dienstfähigkeit zu erzielen, werden folgende Grundsätze festgesetzt:

a) Ein Bundesgesetz bestimmt die allgemeine Organisation des Bundesheeres.

b) Der Bund übernimmt für alle Waffengattungen: 1. den höheren Militärunterricht, wozu er namentlich Militärschulen errichtet und Zusammenzüge von Truppenkorps anordnet; 2. die Instruktion der Offiziere und Unteroffiziere (Cadres) des Bundesauszugs.

c) Der Bund beaufsichtigt: 1. den Militärunterricht der Kontingente in den Kantonen; 2. die Anschaffung, den Bau und den Unterhalt des Kriegszeugs, welches die Kantone zum Bundesheer zu liefern haben. — Durch diese Beaufsichtigung soll der Bund die Gewissheit erlangen, dass das Kriegszeug nach Vorschrift der eidg. Reglemente ausgerüstet ist. — Zu Erleichterung der reglementarischen Anschaffungen soll von Bundes wegen ein Vorrat von ordonnanzmässigen Waffen, Munition und anderem Kriegszeug angelegt und unterhalten werden, aus welchem sodann die Kantone ihren Bedarf an solchen Gegenständen zu den Ankaufspreisen beziehen können.

d) Die Militärverordnungen der Kantone dürfen hinsichtlich der Kontingentstruppen nichts der allgemeinen Organisation des Bundesheeres Widersprechendes enthalten und müssen zu diesfälliger Prüfung dem B. R. vorgelegt werden. — Führt der betreffende Kanton über einen vom B. R. infolge dieser Vorlegung gefassten Beschluss Beschwerde, so steht der Entscheid der Tagsatzung zu.

e) Allle Truppenabteilungen im eidgenössischen Dienst führen ausschliesslich die eidg. Fahne.»

Der Entwurf von 1832 war in der Vereinheitlichung namentlich insofern weiter gegangen, als er dem Bund auch die erste Instruktion der Rekruten übergab, dagegen nicht von der Beaufsichtigung des kantonalen Militärunterrichts durch den Bund sprach, die Anlegung eines Vorrates durch den Bund nicht erwähnte, alle Truppenabteilungen des Bundesheeres überhaupt ausschliesslich die eidgenössische Fahne und eidgenössische Feldzeichen führen liess und für das ganze Bundesheer gleichförmige Bekleidung vorschrieb.

In der *Revisionskommission von 1848* war es nicht streitig, dass der Bund die allgemeine Organisation des Bundesheeres bestimmen müsse, wie er es schon bisher getan. Dagegen stritt man darüber, welche Kompetenzen ihm in bezug auf Instruktion und Bewaffnung, Ausrüstung etc.

zustehen müssen. Gegen die Übernahme der Instruktion durch den Bund wurde namentlich vorgebracht, die Kantone würden dem Militär im allgemeinen und der Äufnung der Zeughäuser im besonderen kein Interesse mehr entgegenbringen, der Bund werde keine Rücksicht nehmen auf die Jahreszeit bei der Abhaltung von Übungen, und kostspieliger verwalten, ja, die Instruktion werde an Ungleichheit leiden. Von anderer Seite wurde bemerkt, die Zentralisation rechtfertige sich bei Spezialwaffen, wie Genie, Artillerie und Kavallerie, wo die Kantone mit der Zentralisation wegen ihrer kleinen Kontingente schon angefangen. In erster Beratung sprach sich die Mehrheit für diese mittlere Meinung aus. In zweiter Beratung siegte dagegen die vollständige Vereinheitlichung des Unterrichts; im übrigen stimmte der Artikel der Kommission beinahe wörtlich mit demjenigen der B. V. von 1848 überein [1]).

In der Tagsatzung stellte *Bern* den Antrag: «Das Militärwesen soll für die ganze Eidgenossenschaft sowohl in Hinsicht des Unterrichts als auch der Administration vollständig zentralisiert werden. Das Kriegsmaterial der Kantone ist, insoweit letztere solches zu halten verpflichtet waren, der Eidgenossenschaft eigentümlich überlassen. — Die Eidgenossenschaft ist berechtigt, die Militärgebäude der Kantone gegen Entschädigung an sich zu ziehen.» Es wurde aber nur eine Stimme dafür abgegeben. Die Mehrheit stimmte dem vermittelnden Antrag der Kommission zu, die den Unterricht der Spezialwaffen dem Bund übertragen, der Bundesgesetzgebung aber eventuell eine weitergehende Zentralisation vorbehalten wollte, durch Annahme folgender Bestimmung, die Art. 20 der B.V. 1848 wurde:

«Um in dem Bundesheere die erforderliche Gleichmässigkeit und Dienstfähigkeit zu erzielen, werden folgende Grundsätze festgestellt:

1. Ein Bundesgesetz bestimmt die allgemeine Organisation des Bundesheeres.

2. Der Bund übernimmt:

a) den Unterricht der Genietruppen, der Artillerie und der Kavallerie, wobei jedoch den Kantonen, welche diese Waffengattungen zu stellen haben, die Lieferung der Pferde obliegt;

b) die Bildung der Instruktoren für die übrigen Waffengattungen;

c) für alle Waffengattungen den höheren Militärunterricht, wozu er namentlich Militärschulen errichtet und Zusammenzüge von Truppen anordnet;

d) die Lieferung eines Teiles des Kriegsmaterials.

«Die Zentralisation des Militärunterrichts kann nötigenfalls durch die Bundesgesetzgebung weiter entwickelt werden.

3. Der Bund überwacht den Militärunterricht der Infanterie und der Scharfschützen, sowie die Anschaffung, den Bau und Unterhalt des Kriegszeuges, welches die Kantone zum Bundesheere zu liefern haben.

4. Die Militärverordnungen der Kantone dürfen nichts enthalten, was der eidgenössischen Militärorganisation und den den Kantonen obliegenden bundesmässigen Verpflichtungen entgegen ist, und müssen zu diesfälliger Prüfung dem B. R. vorgelegt werden.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 44—47 163, 186—188. Bericht von *Kern* und *Druey* an die Tagsatzung, S. 21 ff.

5. Alle Truppenabteilungen im eidgenössischen Dienste führen ausschliesslich die eidgenössische Fahne[1]).»

Im Jahre *1873* stellte der B. R. zum Art. 20 B. V. keinen Abänderungsantrag; dagegen schlug in der N. R. K. die Militärsektion vollständige Zentralisation des Unterrichts unter Beitragspflicht der Kantone an die Kosten vor; die staatswirtschaftliche Sektion postulierte noch weiter: Übernahme der ganzen Instruktion und ihrer Kosten durch den Bund, mit Verfügungsrecht über die Kasernen und Exerzierplätze, und ebenso Übernahme der Kosten der Bewaffnung, Bekleidung, individuelle und Korpsausrüstung und Pferdelieferung, wogegen sowohl politische als finanzielle Bedenken erhoben wurden. Der Berichterstatter dieser Sektion, *Stämpfli*, beantragte ausserdem, das Kriegsmaterial der Kantone in seinem gesetzlichen Bestande unentgeltlich an den Bund übergehen zu lassen, und ihm das Recht zu geben, die vorhandenen. militärischen Zwecken dienenden Gebäude und Waffenplätze gegen Entschädigung eigentümlich oder mietweise zu übernehmen.

Die Kommission nahm schliesslich diese Anträge in folgender Fassung an:

«Die Organisation des Bundesheeres ist Gegenstand der Bundesgesetzgebung. — Die Kosten des Unterrichts, die Bewaffnung, Bekleidung und Ausrüstung des Bundesheeres trägt der Bund. — Das Kriegsmaterial in demjenigen Bestande, welcher nach den bisherigen Gesetzen vorgeschrieben ist, geht auf den Bund über. — Der Bund ist berechtigt, die vorhandenen, zu militärischen Zwecken dienenden Gebäude und Waffenplätze, soweit sie nicht bereits sein Eigentum sind, gegen Entschädigung entweder als Eigentum oder mietweise zur Benützung zu übernehmen. — Die nähere Durchführung dieser Grundsätze bleibt der Bundesgesetzgebung vorbehalten.»

Nach Ansicht des Berichterstatters der St. R. K., *Borel*, sollte es ein einziges Militärgesetz geben, dessen Vollziehung mit Ausnahme der Instruktion aber den Kantonen unter Aufsicht und Anleitung des eidg. Militärdepartements zustehen würde, da die Vollziehung durch Organe des Bundes selbst die kantonale Souveränität verkümmern, um nicht zu sagen beseitigen würde. Des weiteren wurde beantragt, die Truppen jedes Kantons soviel als möglich in der Weise zu organisieren, dass sie taktische Einheiten oder Bruchteile von solchen bilden, ein Gedanke, der allgemeine Zustimmung fand und als neuer 2. Abs. im Art. 20 der N. R. K. Platz fand. Als 6. Abs. wurde angefügt:

«Die Ausführung des Militärgesetzes in den Kantonen wird den kantonalen Behörden unter Aufsicht des Bundes überlassen. Vorbehalten bleibt der Unterricht, welcher vom Bunde übernommen wird.»

In der B. Vers. wurden die verschiedensten Kombinationen ausgedacht über die Kooperation zwischen Bund und Kantonen bezüglich der Lieferung der Waffen und des Materials, und der Tragung dieser Ausgaben sowie der Kosten des Militärunterrichts. Nach langem Hin- und Herschieben zwischen N. R. und St. R., namentlich wegen der Bedingungen der Übernahme militärischer Gebäude und Waffenplätze durch den Bund, wurde dem neuen 2. Abs. folgende Fassung gegeben: «*Soweit*

[1]) Absch. 1847, IV, 176 ff., 251.

nicht militärische Gründe entgegenstehen, sollen die taktischen Einheiten aus der Mannschaft desselben Kantons gebildet werden.»

Nach dem 4. Abs. betr. Übergang des Kriegsmaterials an den Bund wurde ein 5. eingefügt: «Immerhin bleibt das Verfügungsrecht der Kantone nach Massgabe von Art. 19, Lemma 3, vorbehalten[1].»

Abs. 6: «Der Bund ist berechtigt, die zu militärischen Zwecken dienenden Gebäude, welche in den Kantonen vorhanden sind, zur Benützung oder als Eigentum zu übernehmen. Die näheren Bedingungen der Übernahme werden durch die Bundesgesetzgebung geregelt.»

Abs. 7: «Die Ausführung des Militärgesetzes in den Kantonen geschieht durch die Kantonsbehörden in den durch die Bundesgesetzgebung festgesetzten Grenzen.»

Zu Abs. 6 wurde im N. R. bemerkt, man sei in beiden Kommissionen allseitig einverstanden gewesen, dass es Objekte gebe, für welche der Bund absolut entschädigen müsse, während dies bei andern, wie z. B. bei Zeughäusern, nicht der Fall sei. Der St. R. wollte dagegen prinzipiell nicht entschädigen, so wenig wie für die Überlassung des Kriegsmaterials, da die Kantone dadurch in der Regel nicht belastet, sondern entlastet werden; eine Ausnahme wäre nur bei Anstalten zu machen, die auch anderen als militärischen Zwecken dienen. Im Falle der Übernahme zu Eigentum hätte eine Verständigung zwischen den Beteiligten stattzufinden[2].

Als eine Hauptursache der Verwerfung des Verfassungsentwurfs vom 5. März 1872 durch das Volk betrachtete man die zu weit gehende Zentralisation des Militärs und des Rechts; der B. R. brachte daher einen Vorschlag, welcher den Kantonen grössere, aber ziemlich unbestimmte Kompetenzen im Militärwesen liess. Die veränderte Form des Art. 20 im b. r. Entwurf vom 4. Juli 1873 sollte diesen Gedanken wiedergeben mit der Begrenzung, dass sich die Vollziehung durch die Kantone weder auf den Unterricht der Truppen, noch auf die gesamte Verwaltung des Materiellen, sondern im wesentlichen nur auf diejenige des Personellen beziehe, und die Frage der Kompetenz zur Ernennung der Offiziere, Bekleidung und Ausrüstung der Truppen der Gesetzgebung zu lösen überlassen wurde:

Art. 20: «Der Bund erlässt die Gesetze über das Heerwesen und sorgt für deren Vollziehung. — Der Bund erteilt den gesamten Militärunterricht. — Er bestreitet die Kosten des Unterrichtes und der Bewaffnung und übernimmt auch die übrigen Auslagen für das Heerwesen, insoweit nicht ein Teil derselben durch die Gesetzgebung den Kantonen auferlegt wird. — Die Beteiligung der Kantone an der Administration der Truppenkörper ihres Gebietes wird durch die Gesetzgebung festgestellt. — Gegenüber vorstehenden Grundsätzen bleiben folgende Bestimmungen vorbehalten: *a.* Soweit nicht militärische Gründe entgegenstehen, sollen die Truppenkörper aus der Mannschaft desselben Kantons gebildet werden. *b.* Die Vorschriften des Bundes über

[1]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 66, 93, 527, 572, 589, 600, 604. Prot. des St. R. vom 17. Jan. 1872; die beiden letzterwähnten Bestimmungen betr. Übergang des Kriegsmaterials und Verfügungsrecht der Kantone fielen in der Revision von 1873 weg; vgl. aber Art. 1, Abs. 3, Ü. B. und Art. 142 M. O.

[2]) Prot. des N. R., S. 605. Prot. des St. R. vom 17. Januar, 28., 29. Februar, 2. März.

die Bildung dieser Truppenkörper und die Erhaltung des Bestandes derselben werden durch die kantonalen Behörden vollzogen. *c.* Der Bund ist berechtigt, die in den Kantonen vorhandenen Waffenplätze und die zu militärischen Zwecken dienenden Gebäude nebst der zugehörigen Einrichtung zur Benutzung zu übernehmen. — Die näheren Bedingungen werden durch die Bundesgesetzgebung festgestellt.»

In der N. R. K. wurde im 1. Abs. auf Antrag *Anderwert* der zweite Satz gestrichen. In Abs. 3 wurde dem Bund die Pflicht überbunden, den Kantonen die Auslagen für die Bekleidung und Ausrüstung ihrer Truppenkörper zu ersetzen, und im 4. Abs. wurde wieder der allgemeine Grundsatz aufgenommen, dass die Ausführung der Militärgesetze innert den Grenzen der Bundesgesetzgebung und unter Aufsicht des Bundes durch die kantonalen Behörden zu geschehen habe.

Das Recht der Kantone, die Offiziere ihrer Truppenkörper zu ernennen, wurde auf Antrag *Ruchonnet* ausdrücklich gewährleistet, mit dem von *Frei* beantragten Zusatz: «nach Vorschrift des Bundes». Die Entschädigung für Waffenplätze etc. wurde durch das Wort «billige» charakterisiert.

Die endliche, durch die Redaktionskommission festgestellte Fassung wich materiell von der heutigen nur dadurch ab, dass ein 2. Abs. des Art. 20 die kantonalen Vollziehungsgesetze und Verordnungen der Genehmigung des B. R. unterwarf, was durch den N. R. gestrichen wurde; die Redaktionskommission teilte den ursprünglichen Art. 20 in drei Artikel, entsprechend den heutigen Art. 20, 21 und 22[1]. Die St. R. K. sprach sich zuerst für den Entwurf vom 5. März 1872 aus, um sich aber schliesslich der N. R. K. anzuschliessen[2].

Der N. R. nahm den Art. 20 mit der schon erwähnten Änderung nach Antrag der Kommission an. Bei Art. 21 wurde zuerst in einem besonderen dritten Absatz das Recht der Kantone, die Offiziere ihrer Truppenkörper auf die von den Bundesbehörden hierfür auszustellenden Fähigkeitszeugnisse hin zu ernennen und zu befördern, anerkannt; in einer späteren Sitzung wurde dieser Absatz auf Antrag *Bläsi* wieder mit den vorhergehenden in heutiger Fassung verschmolzen; der Antragsteller wollte damit dem Bund das Recht geben, auch andere Bedingungen der Ernennung und Beförderung als die Fähigkeitszeugnisse durch Gesetz aufzustellen. Der St. R. stimmte zum N. R.-beschlusse[3].

Vergleicht man die Militärorganisation der Schweiz unter dem Bundesvertrag von 1815, unter der B. V. von 1848 und unter derjenigen von 1874, so ergibt sich folgendes[4]:

1. Schon unter dem Bundesvertrag von 1815 hatte der Bund die Kompetenz, die Organisation des Heeres zu bestimmen, und er tat es durch das Allgemeine Militärreglement vom 20. Aug. 1817 (Absch. 1817, S. 53), revidiert am 21. Heumonat 1840 (Absch. 1840, Beilage K). Die Freiheit der Tagsatzung in der Organisation des Heeres war aber beschränkt durch die Notwendigkeit, das Kontingentssystem einzuhalten: nicht der Bund, sondern die Kantone stellten die Truppen, jeder soviel ihm vom

[1]) Prot. der N. R. K., S. 61—62; vgl. S. 15—16.
[2]) Prot. der St. R. K., S. 9, 39.
[3]) Prot. der eidg. Räte, 1873/1874, S. 7 ff., 49, 185, 310 311.
[4]) Vgl. *Bertoni*, I, 379; *Rüttimann*, II, §§ 930 ff.

Bundesvertrag und Reglement zugeteilt war[1]; das Bundesheer war daher aus den Kontingenten der Stände zusammengesetzt. Die Tagsatzung ernannte nur den eidg. Generalstab, den General und die Obersten. Das eidg. Militärreglement erklärte jeden waffenfähigen Schweizer Soldat; die Kantone bestimmten aber, abgesehen von den eidg. Übungslagern und der Zentralschule, Dauer und Umfang der Dienstpflicht. — Die Vollziehung, d. h. die Aushebung, die Ausrüstung und der Unterricht der Truppen, war grundsätzlich Sache der Kantone. — Die Kantone rekrutierten die Mannschaft und versahen sie mit Waffe, Kleidung und Ausrüstung, nach der vom Bund vorgeschriebenen Beschaffenheit. — Der Unterricht war in der Hauptsache ebenfalls Kantonssache, aber der Bund errichtete in Thun eine Zentralschule für Offiziere und Unteroffiziere der kantonalen Truppen, nach bestimmter Kehrordnung, und hielt periodisch (nach Beschluss vom 25. Juli 1825, Offiz. Sammlg. II, 105, alle zwei Jahre) Übungslager während 14 Tagen ab. Und der Bund schrieb den Kantonen in den Exerzierreglementen für die verschiedenen Waffen den Lehrstoff, wenn auch nicht die Lehrmethode vor.

Über die ganze Vollziehung der eidg. Militärvorschriften durch die Kantone übte die Tagsatzung die Aufsicht durch die Militäraufsichtskommission, die im Falle einer eidg. Bewaffnung zum eidg. Kriegsrate wurde (Beschluss vom 9. Juli 1816, Absch. 1816, S. 32).

Der militärische Verwaltungsdienst war kantonal, wurde aber eidgenössisch, sobald die Truppen in eidg. Dienst traten; es bestand ein eidg. Kriegskommissariat, mit einem Oberstkriegskommissarius, der im Kriegsfall den Oberbefehl über die in jedem Kanton zu ernennenden Kriegskommissäre hatte.

Für die eidg. Truppen im eidg. Solde bestand ein eidg. Strafgesetzbuch und eine Prozedurordnung vom 25. Juli 1818 (Absch. 1818, Beilage E).

Endlich verfügte die Tagsatzung über die Kontingentstruppen zur Wahrung der äusseren und inneren Sicherheit der Eidgenossenschaft (§ VIII des Bundesvertrages).

Nach § III des Bundesvertrages sollten die Kosten der kantonalen Militärverwaltung durch die Kantone, die Kosten der eidg. Militärverwaltung durch die Einkünfte des Bundes, d. h. die kantonalen Geldkontingente gedeckt werden. Zur Bestreitung der Kosten eidg. Auszüge sollte eine eidg. Kriegskasse angelegt werden, die, zur Hälfte aus einem Geldkontingent der Kantone, zur Hälfte aus eidg. Eingangsgebühren gebildet, bis zum Betrag eines doppelten Geldkontingents anwachsen sollte. Diese Verteilung der Lasten wurde aber etwas verändert durch die französische Kriegsentschädigung von 3 Millionen. Die Tagsatzung beschloss den 13. Aug. 1816 (Offiz. Sammlg. I, 208), daraus 1. eine Kriegskasse von Fr. 600,000, 2. einen Reservefonds von Fr. 800,000 und 3. eine Kurrentkasse von Fr. 600,000 zur Deckung der laufenden Ausgaben der eidg. Militärverwaltung zu bilden. Aus dem ersten Fonds, der aus den

---

[1]) Die Tagsatzung scheute sich übrigens nicht, durch Beschluss vom 14. Heumonat 1838 die Kontingente wesentlich zu erhöhen, indem sie die Mannschaftsskala neu feststellte, und zwar im Verhältnis von 3 Mann auf 100 Seelen schweizerischer Bevölkerung (Offiz. Sammlg. III, S. 1). Schon durch Beschluss vom 17. und 27. Januar 1831 (Offiz. Sammlg. II, Nr. CI) hatte sie ein erstes Landwehrkontingent, neben Auszug und Reserve, eingeführt.

Eingangsgebühren vermehrt wurde, erhielten die Kantone einen Beitrag zu ihren Ausrüstungs- und Bewaffnungskosten im Betrage eines Geldkontingents, Fr. 539,275, auf mehrere Jahre verteilt (vgl. Beschluss vom 13. Juli 1820, Offiz. Sammlg. II, 22, 23), wogegen die Stände im ganzen Fr. 20,000 nach Massgabe der Geldkontingentskala an die Kosten der eidg. Übungslager beizutragen hatten (Beschluss vom 3. Aug. 1820, Offiz. Sammlg. II, 21; vgl. 105). Da aber die Zinsen der Kriegskasse und der Ertrag der Eingangsgebühren zur Bestreitung aller Militärausgaben genügten, wurde der kantonale Beitrag von Fr. 20,000 seit 1840 weggelassen (Absch. 1840, S. 86). Den 12. Januar 1831 endlich (Offiz. Sammlg. II, 249) beschloss die Tagsatzung, einen eidg. Waffenvorrat anzuschaffen.

2. Die B. V. von 1848 behielt das Kontingentssystem insofern bei, als es den Kantonen oblag, die Truppen aufzubringen, und als sie bloss verpflichtet waren, sie in bestimmter Zahl aufzubringen. Der Bund bestimmte die Wehrpflicht in ihrem wichtigsten Inhalt und die zum Eintritt in das Heer erforderlichen Eigenschaften, aber die Kantone rekrutierten die Truppen und rüsteten sie, nach eidg. Vorschrift, mit Waffe, Kleidung und Kriegszeug aus. Der Bund lieferte nur einen Teil der Geschütze[1]. Der Unterricht war unter Bund und Kantone geteilt; diese instruierten die Infanterie, jener die Spezialwaffen, die Instruktoren des ganzen Heeres; er erteilte den Offizieren aller Waffen den höheren Militärunterricht und hielt alle zwei Jahre Zusammenzüge von Truppen verschiedener Gattungen ab. Alle diese Truppen waren aber kantonal, d. h. durch die Kantone gebildet und auf ihrem Bestande erhalten. Eidgenössisch waren, ausser dem Generalstab, die Genie-, Artillerie-, Justiz-, Kommissariats- und Gesundheitsstäbe. Wie bisher übte der Bund die Aufsicht über die gesamte kantonale Militärverwaltung[2].

Die Mängel dieses Systems waren namentlich der Widerspruch zwischen der Befugnis der Kantone, die Kontingente zu bilden, und dem Recht des Bundes, über Krieg und Frieden zu entscheiden; der Widerspruch zwischen der allgemeinen Wehrpflicht und dem Kontingentssystem, mit letzterem verbunden die schlechte Ausnutzung der nationalen Wehrkraft und die verschiedene Dauer der effektiven Dienstpflicht je nach der Zahl der Überzähligen; sodann die Schwierigkeit, die Spezialtruppen zu stellen in den dazu verpflichteten Kantonen, und Vernachlässigung brauchbarer Mannschaft in anderen; die Notwendigkeit, die taktischen Einheiten der Kantonsgrenzen wegen zu zerreissen; der Mangel einer verfassungsmässigen Grundlage zur Organisation der Landwehr (neben Auszug und Reserve) u. a. m.

3. Die B. V. von 1874 hat nun die Kompetenzen der Kantone auf weniges reduziert: sie führen die Stammkontrollen sämtlicher militärpflichtigen Mannschaft[3], sorgen, allerdings in sehr beschränktem Masse, für die Erhaltung des Bestandes der Truppenkörper; sie ernennen die Offiziere ihrer Truppenkörper; sie beschaffen Kleidung und Ausrüstung

---

[1]) Er übernahm ganz die Kosten der Umänderung der Geschütze, zum grössten Teil diejenigen der Umänderung der Gewehre. B. Ges. vom 19. Juli 1866, Art. 11; A. S., VIII, 868, IX, 73; B. B. vom 26. Januar 1859; A. S., VI, 140, 307.

[2]) Vgl. die Militärorganisation vom 8. Mai 1850 (A. S., I, 366).

[3]) Verordnung über die Formation der neuen Truppenkorps und die Führung der Militärkontrollen, vom 31. März 1875 (A. S., I. 468).

und bewahren die zurückgezogenen Waffen, sowie die Ausrüstung ihrer Korps in den Zeughäusern auf, von minder Wichtigem abgesehen. Dies alles aber nach eidg. Vorschriften und unter eidg. Aufsicht[1]).

II. Auslegung der Art. 19—22.

Art. 19. *a. Die Truppenkörper der Kantone.* Die B. V. enthält noch eine Reminiszenz an die kantonalen Kontingente, indem in Art. 19 von den Truppenkörpern der Kantone die Rede ist. Das Eigentümliche des Kontingentssystems ist, dass der Kanton als solcher dem Bund zur Stellung einer bestimmten Truppenzahl verpflichtet ist, dass es aber Sache des Kantons ist, die Einzelnen zum Militärdienst heranzuziehen und zur Truppe zu organisieren; ist der Kanton in dieser letzteren Tätigkeit durch Gesetze des Bundes gebunden, so ist er nicht mehr Kontingentsherr, sondern Vollziehungsorgan des Bundes, wenn es auch seine verfassungsmässige Pflicht als Staat ist, dem Bunde diesen Dienst zu leisten; die Militärhoheit steht nicht mehr bei ihm, sondern beim Bund, und das ist heute ausschliesslich der Fall[2]). Unter dem 1815er Vertrag galt jenes System, da grundsätzlich alle Bundesvorschriften nur vertragliche Pflichten der Kantone untereinander begründeten. Unter der B. V. von 1848 dagegen sorgte bereits der Bund unmittelbar für die Aushebung der nötigen Mannschaften, indem er die Wehrpflicht grundsätzlich festsetzte, in einem für den Einzelnen verbindlichen Gesetz, während die Kantone dabei allerdings noch einiges selbständig ordnen konnten. Insofern die Kantone bei der Bildung ihrer Truppenkörper durch eidgenössische Vorschriften gebunden und in deren Befolgung kontrolliert waren, konnte schon damals nicht mehr von Kontingenten im juristischen Sinne gesprochen werden; Kontingente waren die kantonalen Truppenkörper nur, insoweit die Kantone über deren Bildung selbständig entscheiden konnten und dem Bund nur für das Ergebnis verantwortlich waren. Dass die Kantone nur eine beschränkte Truppenzahl zu stellen brauchten, ist nebensächlich; gewiss ist das eigentliche Kontingentssystem ohne solche numerische Fixierung der Militärpflicht des einzelnen Staates nicht möglich, aber sie macht das Kontingentssystem nicht aus; auch wenn die Kantone nur noch unselbständige Vollziehungsorgane des Bundes sind, hat die Beschränkung der von ihnen zu bildenden Truppen auf eine bestimmte Zahl noch Sinn, sofern nämlich die Kantone finanziell an der Bildung und Ausrüstung der Truppen beteiligt sind. Unter der 1848er Verfassung waren sie es in der Tat noch; heute sind sie es nur noch in verschwindend kleinem Masse; mit Übernahme s. z. s. aller Militärlasten durch den Bund konnte auch die Mannschaftsskala wegfallen. Kantonale Kontingente waren aber im Grunde die

---

[1]) Die vollständige Vereinheitlichung des Militärwesens in den Händen des Bundes wurde auf dem Wege der Verfassungsrevision durch die B. Vers. am 27. Juni 1895 beschlossen, vom Volke aber in der Abstimmung vom 3. Nov. 1895 mit 269,751 Stimmen gegen 195,178 und 17½ gegen 4½ Standesstimmen verworfen B. Bl. 1895, III, 553.

[2]) *Segesser* bemerkte im N. R. bei der Verfassungsrevision von 1873/74, „die Hauptsache sei immer die, dass die Kantone dem Bunde die Truppenkörper liefern, für welche sie verantwortlich seien." Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 10.

von den Kantonen zu bildenden Truppenkörper im juristischen Sinne schon seit 1848 nicht mehr, weil die Kantone dabei in allen wesentlichen Punkten durch eidgenössische Vorschriften gebunden waren. Die heutigen kantonalen Truppenkörper sind es vollends nicht mehr; sie unterscheiden sich von den andern, diejenigen des Bundes dadurch, dass sie im Gebiete eines und desselben Kantons rekrutiert werden; dass die Kantone die Offiziere dieser Truppeneinheiten ernennen (vgl. aber unten, Art. 22) und allein über diese Truppenkörper verfügen, sofern sie überhaupt zur Verfügung über das Bundesheer befugt sind (Art. 244 M. O.).

Die Fassung des Art. 19 kann nicht als eine glückliche bezeichnet werden, weil sie den Begriff der kantonalen Truppenkörper zu sehr in den Vordergrund stellt, und diesen Truppenkörpern die nicht dazu gehörigen militärpflichtigen Schweizer gegenüberstellt, anstatt die Truppenkörper (Truppeneinheiten) des Bundes, wie es die M. O. tut[1]).

b. Das Verfügungsrecht über das Bundesheer. Die Frage nach dem Verhältnis von Bund und Kantonen in bezug auf das Verfügungsrecht beantwortet sich dahin: die militärische Macht ist ein Mittel zum Zweck, und beide, Bund und Kantone, verfügen über das Heer, jeder Teil für die ihm zugewiesenen Zwecke; da der Bund den gesamten Militärunterricht hat, verfügt er allein über das Heer zu Unterrichtszwecken; da die Kantone in erster Linie für die Aufrechterhaltung der Ordnung im Innern zu sorgen haben, verfügen sie auch in erster Linie über die Militärmacht zu diesem Zweck; der Bund wiederum wacht übere die äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft und erklärt den Krieg; zu diesem Zweck verfügt er über das Bundesheer; die Befugnisse der Kantone in dieser Beziehung (Art. 15) kommen kaum noch in Betracht. Es ist daher nicht ganz richtig, wenn Art. 238 M. O. schlechthin dem Bund in erster Linie das Verfügungsrecht über das Bundesheer zuschreibt; zur Herstellung der Ordnung im Innern haben die Kantone dieses Verfügungsrecht in erster Linie, weil ihnen diese Aufgabe in erster Linie zufällt. Sollte zwischen Bund und Kanton ein Konflikt über das Verfügungsrecht entstehen, so würde wiederum das Rangverhältnis des von jedem verfolgten Zwecks entscheiden und in der Regel wohl der Bund vorgehen, wenn er die Truppen zur Landesverteidigung gebrauchte, und umgekehrt der Kanton, wenn er zum eidg. Instruktionsdienst berufene Truppen zur Wiederherstellung der gestörten inneren Ordnung bedürfte, während wiederum der eidg. Instruktionsdienst ein kantonales Aufgebot zu blossen Paradezwecken ausschliessen würde. In diesem Sinn ist m. E. Art. 19, Abs. 4, der B. V. auszulegen.

Die Kantone verfügen « *über die Wehrkraft ihres Gebietes* »; die M. O. hat dies dahin präzisiert, dass die Kantone über ihre Truppenkörper, im obigen Sinn, und die dazu gehörende Korpsausrüstung verfügen (Art. 244). Die Kantone können somit nicht über die auf ihrem Gebiete befindlichen vollständigen oder unvollständigen Mannschaften eidgenössischer Truppeneinheiten verfügen. Dem Wortlaut der Verfassung würde die weitere Auslegung besser entsprechen[2]).

---

[1]) *Welti* erklärte in den Revisionsverhandlungen des Jahres 1873/74, „wenn es in Art. 19 heisse, das Bundesheer bestehe aus den Truppenkörpern der Kantone, so tauge dieser Ausdruck geradezu nichts.“ Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 11.

[2]) Neuenburg berief im August 1904 u. a. eine Kompagnie Guiden unter die Waffen.

Der Bund verfügt über das ganze Bundesheer. Die Verfassung gibt ihm das Recht, in Zeiten der Gefahr auch über die nicht in das Bundesheer eingeteilte Mannschaft und alle übrigen Streitmittel der Kantone zu verfügen. Die Bestimmung verdankt ihre Entstehung einer Zeit, wo die Kantone nur beschränkte Kontingente zu leisten hatten, welche die Wehrkraft des Landes nicht erschöpften. Schon das allgemeine Militär reglement von 1817 bestimmte in Art. II: «Bei jedem Aufgebot rückt der *Auszug* von jeder besonderen Waffengattung ganz oder zum Teil zuerst ins Feld; zunächst auf den ersten Auszug folgt die *Reserve,* und endlich zuletzt im Fall der Not des Vaterlandes die *Landwehr.*» Es war dies die wehrhafte und von den Kantonen gerüstete Mannschaft, die nicht zum Kontingentsheere gehörte. Ähnlich verhielt es sich unter der B. V. von 1848 (vgl. Art. 19, Abs. 2, derselben). Heute hat der Bund selbst die nicht zum Bundesheere gehörige brauchbare Mannschaft organisiert und ausgerüstet durch das Bundesgesetz vom 4. Dez. 1886 betreffend den Landsturm der schweiz. Eidgenossenschaft (A. S. X, 13). Wie früher die Landwehr, so gehört heute der Landsturm nicht zum Bundesheer im Sinne des Landesrechts; wohl aber gehört er zu den regulären Truppen der Schweiz im Sinne des Völkerrechts. — Welches «die übrigen Streitmittel der Kantone» seien, ist nicht leicht zu sagen; der Entstehungsgeschichte der Bestimmung entspricht es, wenn darunter nur die Kriegsausrüstungsgegenstände verstanden werden, und nicht alles, was auch mittelbar dem Kriegführenden dienen kann, wie Geld und Geldeswert.

Das Verfügungsrecht des Bundes ist ein ausschliessliches, sobald er davon Gebrauch machen will, und ein unmittelbares in dem Sinn, dass er seine Befehle durch seine eigenen Organe vollziehen lassen kann, ohne sich zuerst an die kantonalen Behörden zu wenden, die in Friedenszeiten über diese Streitmittel verfügen.

Art. 20. Indem die B. V. die Gesetzgebung über das Heerwesen, nicht nur über die Organisation des Bundesheeres, Sache des Bundes erklärt, gibt sie ihm die Kompetenz, auch über die Ausrüstung der nicht zum eigentlichen Bundesheere gehörenden Mannschaft, heute des Landsturms, Bestimmungen zu treffen, was unter der Verfassung von 1848 bestritten war. Der Grundsatz, dass die Militärgesetze des Bundes durch die Kantone zu vollziehen sind, wird zwar als Regel hingestellt, aber den Kantonen nicht in bestimmtem Umfang gewährleistet.

Die Kantone haben die Bekleidung und Ausrüstung der gesamten Mannschaft des Bundesheeres, auch der eidg. Truppeneinheiten, zu liefern (Art. 145 der M. O.), sowohl die erste Bekleidung und Ausrüstung, als auch den notwendigen Ersatz; obschon die M. O. nichts davon sagt, verpflichtet sie die Verordnung vom 2. Juli 1898 über die Mannschaftsausrüstung der schweiz. Armee (A. S. XVI, 736), als Kriegsvorrat stets noch eine zweite Jahresausrüstung vorrätig zu halten, zweifellos verfassungsgemäss. Die zitierte Verordnung bestimmt, was zur Ausrüstung jedes Soldaten gehört (vgl. Reglement v. 11. Januar 1898 über die Bekleidung und Ausrüstung der schweiz. Armee, A. S. XVI, 484). Die Kantone haben dafür zu sorgen, dass die der Mannschaft gelieferten Kleidungs- und Ausrüstungsstücke in gutem Stande erhalten werden, und können daher auch Inspektionen darüber abhalten (Art. 152, 157 M. O., und Art. 5—9 der Verordnung betr. die Waffenkontrolleure der Divisionen, vom 20. Jan.

1885, A. S. VIII, 13). Die Entschädigungen an die Kantone für die Ausrüstung der Rekruten und Lieferung von Ersatz- und Reservestücken werden berechnet nach einem Grundtarif, der im Bundesbeschluss vom 20. Dez. 1894 festgesetzt ist (A. S. XIV, 700), und jedes Jahr durch Ansetzung einer bestimmten Summe für die Ausrüstung eines Rekruten jeder Waffengattung festgesetzt (Art. 146 M. O., vgl. z. B. B. Bl. 1903, II, 1024).

Den Offizieren (sowie den Stabssekretären und Ärzten ohne Grad) verabfolgt der Bund Vergütung für Bekleidung und Ausrüstungsgegenstände in natura gemäss Verordnung vom 11. Januar 1898 (A. S. XVI, 471).

Art. 21, Abs. 1. Das Postulat der B. V. hat seine Verwirklichung in der M. O. erfahren: 1. insofern, als die Division in der Regel nur im entsprechenden Divisionskreis rekrutiert werden soll und die Grenzen der Kreise in der Regel mit den Kantonsgrenzen zusammenfallen sollen, 2. insofern die Truppeneinheiten der Kantone in der Regel nur aus Mannschaften, die im gleichen Kanton wohnen, bestehen; die Einheiten der eidg. Truppenkörper werden so viel möglich aus der Mannschaft eines und desselben Kantons oder wenigstens eines und desselben Divisionskreises zusammengesetzt, nötigenfalls aber auch aus anderen Divisionskreisen (Art. 20 M. O.). Ausnahmsweise stellen die Halbkantone Apenzell A.- und I.-Rh. und Ob- und Nidwalden nur je zusammen ein Infanteriebataillon, und werden auch die 8 Schützenbataillone von den verschiedenen Kantonen nur kompagnieweise gestellt. Die Schwadronen der Dragoner und Batterien der Artillerie werden alle ganz von einem Kantone gestellt, aber es stellen nicht alle Kantone solche (Art. 18, 19, und 32—35 M. O.) Wie es dem Sinn der B. V. entspricht, werden auch die Offiziere der kantonalen Truppeneinheiten in der Regel aus der Mannschaft des betr. Kantons genommen, ausgenommen, wenn die aus der Mannschaft eines Kantons herangebildeten Offiziere nicht ausreichen.

Der Grundsatz, dass die Truppenkörper aus der Mannschaft desselben Kantons gebildet werden sollen, wird nur im Momente der Aushebung streng beobachtet; verlegt der eingeteilte Soldat seinen Wohnsitz in einen andern Kanton, so wird er erst versetzt, wenn er seit längerer Zeit (wenigstens 4 Jahre) in einem andern Kanton bleibend die Niederlassung genommen hat (Verordnung über das militärische Kontrollwesen, vom 15. Aug. 1902, § 20, Abs. 2, A. S. XIX, 148). Über Versetzung von Offizieren und Unteroffizieren entscheidet die Militärbehörde (ebds. Abs. 1).

Abs. 2. Wenn die Verfassung die Zusammensetzung der Truppenkörper, d. h. Aushebung und Einteilung der erforderlichen Mannschaft, als Sache der Kantone erklärt, so ist in Wirklichkeit die Rolle der Kantone sehr klein: sie berufen die Militärpflichtigen zur Rekrutierung in den dazu bestimmten Kreisen; die Rekrutierung selbst wird aber durch den vom schweizerischen Militärdepartement bezeichneten Aushebungsoffizier vorgenommen; dieser teilt die als tauglich Befundenen in die verschiedenen Waffen- und Truppengattungen ein, unter Mitwirkung des Vorsitzenden der sanitärischen Kommission und des Kreiskommandanten[1]). Die kantonale Militärbehörde (Militärdepartement) ent-

[1]) Vgl. Verordnung, betr. die Aushebung der Wehrpflichtigen, vom 1. Mai 1903 (A. S. XIX 569).

scheidet dagegen über die Einteilung der ausgehobenen Mannschaft in die kantonalen Truppeneinheiten. Die den Kantonen verbliebene Rolle ist daher nur noch untergeordneter Art; man kann kaum mehr sagen, die Zusammensetzung der Truppenkörper und die Fürsorge für die Erhaltung ihres Bestandes sei «Sache der Kantone».

Was endlich die *Ernennung* und *Beförderung der Offiziere* anbetrifft, so erfolgt sie bezüglich der kantonalen Truppeneinheiten, die nicht aus Mannschaften verschiedener Kantone zusammengesetzt sind, durch die Kantone, aber es können nur diejenigen ernannt werden, welche in eidg. Instruktionsschulen als fähig bezeichnet worden sind, und auch unter diesen schreibt die M. O. (Art. 40) den Kantonen die Auswahl entweder nach dem Dienstalter oder nach der durch ein eidg. Zeugnis beurkundeten Befähigung vor; wie gross die Auswahl für die kantonale Ernennungsbehörde (meist Regierungsrat oder Grosser Rat) noch ist, hängt vom Überschuss der fähig erklärten Aspiranten über die erforderliche Zahl von Offizieren ab.

Obschon es sich aus dem Wortlaut nicht sicher ergibt, will sich Abs. 2 doch nur auf diejenigen Truppenkörper beziehen, die wirklich nur aus der Mannschaft eines und desselben Kantons gebildet werden, nämlich, nach den Bestimmungen der M. O., die kantonalen Truppeneinheiten.

Art. 22. Der Bund hat bis jetzt von der Befugnis, das Eigentum der Waffenplätze der Kantone zwangsweise zu erwerben, nicht Gebrauch gemacht; dagegen hat er durch Kaufvertrag den Waffenplatz Herisau (B. B. vom 23. Christmonat 1881, A. S., V, 910) und den Waffenplatz Frauenfeld (B. B. vom 22. Dez. 1885, A. S., VIII, 360) erworben, und ferner hat er sich die Benutzung der den militärischen Anforderungen am besten genügenden Waffenplätze durch Abschluss von Verträgen mit den betreffenden Kantonen gesichert, auf Grund deren der Bund das Verfügungsrecht über die Militäranstalten für die Instruktion erhält gegen eine nach Zeit und nach Zahl der Mannschaft bemessene Entschädigung; der Kanton ist verpflichtet, die Militäranstalten in einem den militärischen Anforderungen entsprechenden Zustand zu erhalten. Vgl. die Geschäftsberichte des Militärdepartements seit 1874, namentlich für die Jahre 1877 (B. Bl. 1878, II, 222), 1878 (B. Bl. 1879, II, 125) und 1884 (B. Bl. 1885, II, 557).

Das in Abs. 2 vorgesehene B. Ges. wurde nicht erlassen, weil die Entschädigungen in allen Fällen auf dem Vertragswege vereinbart wurden. Es sei jedoch bemerkt, dass, wenn Abs. 1 vorschreibt, dass die Entschädigung eine «*billige*» sein soll, dies nach der Entstehungsgeschichte den Sinn hat, dass die Entschädigung nicht ausschliesslich nach dem für den Kanton entstehenden Schaden oder entgehenden Gewinn berechnet werde, sondern dass auch die von den Kantonen gemachten Auslagen zur Herstellung der Anstalten und der Wert derselben berücksichtigt werden sollen; in der Regel sind ja solche Anstalten überhaupt unproduktiv; es entspricht aber der Billigkeit, dass derjenige Kanton, der für diese Anstalten viel aufgewendet hat und der Eidgenossenschaft eine wertvolle Anstalt abtritt, nicht gleich behandelt werde wie derjenige, der die erforderlichen Mittel nicht aufgewendet hat, um seine militärische Aufgabe zu erfüllen.

Art. 23.

Dem Bunde steht das Recht zu, im Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teils derselben auf Kosten der Eidgenossenschaft öffentliche Werke zu errichten oder die Errichtung derselben zu unterstützen.

Zu diesem Zwecke ist er auch befugt, gegen volle Entschädigung das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die näheren Bestimmungen hierüber bleiben der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

Die Bundesversammlung kann die Errichtung öffentlicher Werke untersagen, welche die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzen.

I. Geschichte.

Weder die *Mediationsakte* noch der *Bundesvertrag von 1815* enthielten eine ähnliche Bestimmung. Trotzdem beschloss bekanntlich die Tagsatzung 1812 die Ausführung der Linthkorrektion; das Unternehmen wurde durch B. B. vom 27. Januar 1862 (A. S., VII, 119) reorganisiert; das B. Ges. vom 6. Dez. 1867 (A. S., IX, 208) regelte die Verteilung der Unterhaltskosten und ermächtigte die Kommission, erforderlichenfalls Beiträge auf sämtliche verpflichtete Liegenschaften umzulegen [1]. Anlässlich der Diskussion über die Aufsicht des Bundes über die Strassen *in der Revisionskommission von 1848* (Art. 25 des Entwurfs von 1832: «Der Bund übt das Recht der Aufsicht über den Zustand aller Strassen aus, auf welchen Zollgebühren bezogen werden») wurde verlangt, dass bei Strassen- oder Brückenanlagen, welche die äussere Verteidigungslinie oder das Defensionssystem im Innern schwächen könnten, dem Vorort die Pläne mitgeteilt und dessen Einverständnis dazu eingeholt werde, — dass die Eidgenossenschaft die militärisch wichtigen Strassen selber herstellen könne, — und dass öffentliche Werke, welche für das Ganze der Eidgenossenschaft oder für wesentliche Teile derselben von Interesse sind, von Bundes wegen dekretiert werden können.

Es wurde demgemäss beschlossen:

1. den Art. 25 des Entwurfes von 1832 zu genehmigen;
2. dass die Kantone ohne Genehmigung des Bundes keine öffentlichen Werke ausführen können, bei denen das Interesse der Eidgenossenschaft beteiligt ist;
3. dass die Eidgenossenschaft kompetent sei, öffentliche Werke auszuführen, die in ihrem Gesamtinteresse oder im Interesse eines grösseren Teiles liegen, und dass sie in diesem Fall das Expropriationsrecht habe.

---

[1]) Repertorium der eidg. Abschiede 1803—1813, S. 234; *Salis*, IV, Nr. 1473; ***Furrer,*** II, 340.

In einer späteren Sitzung wurde dem Bund auch die Befugnis gegeben, sich an gemeinnützigen öffentlichen Werken nur mit Beiträgen zu beteiligen, wobei das Beitragsverhältnis zwischen Bund und Kantonen jeweilen durch ein besonderes B. Ges. zu bestimmen wäre. In nochmaliger Beratung des Artikels wurde die Pflicht des Bundes, im Falle der Expropriation vollständig zu entschädigen, statuiert, und sein Recht, öffentliche Werke der Kantone zu untersagen, auf den Fall beschränkt, wo sie die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzen[1]). Auch wurde beschlossen, der Idee Ausdruck zu geben, dass die von der Eidgenossenschaft beschlossenen Werke auf ihre Kosten ausgeführt werden.

Diesen Beschlüssen entsprach der von der Spezialkommission zu Handen der Tagsatzung ausgearbeitete Art. 21, welcher wirklich in die B.V. von 1848 aufgenommen wurde und seitdem unverändert geblieben ist. In der Tagsatzung selbst wurde die Unbestimmtheit des Ausdrucks «im Interesse eines grossen Teiles der Eidgenossenschaft» kritisiert, da nicht angegeben werde, ob die Grösse des Landes, die Zahl der Kantone oder die Stärke der Bevölkerung als Massstab dienen solle; sodann sei der 3. Abs. gefährlich und nicht mehr zeitgemäss, indem streng genommen der Bau jeder internationalen Bergstrasse oder Eisenbahn dem militärischen Interesse der Eidgenossenschaft entgegen sei. Zur Unterstützung des Artikels wurde auf die Notwendigkeit hingewiesen, Unternehmungen zu unterstützen, welche die Kräfte der Kantone übersteigen, und auf den moralischen Gewinn, den die Regierung des neuen Bundes aus solchen Werken ziehen werde. Zum Begriff des öffentlichen Werkes wurde bemerkt, es seien darunter nicht beliebig versetzbare Anstalten, wie Schulen, gemeint, sondern Anstalten mit lokalem Charakter, welche Schwierigkeiten und Hindernisse der Natur beseitigen, z. B. Anlegung von Kanälen, Austrocknung von Sümpfen, Bau von Eisenbahnen. Der Antrag, im 1. Abs. dem Bund das Recht zu erteilen, die Errichtung öffentlicher *Anstalten* und Werke zu unterstützen, wurde abgelehnt[2]).

Bei den *Revisionsverhandlungen von 1871—1872* wurde mehrmals bei dem gestrichenen Art. 31 angeregt, der B.Vers. die Befugnis zu erteilen, auf bestimmte Zeit Weg- und Brückengelder zu bewilligen, um die Errichtung öffentlicher Werke zu unterstützen, welche im Sinne des Art. 21 von allgemeinem Interesse für den Verkehr seien und ohne solche Bewilligung nicht zu stande kommen könnten; aber ohne Erfolg[3]).

II. Auslegung.

Abs. 1. Der Entstehungsgeschichte des Art. 23 ist zu entnehmen, dass unter *öffentlichem Werk* im Sinne der B.V. nur eine staatliche Anstalt oder Anordnung zu verstehen ist, welche die künstliche Umgestaltung eines bestimmten Stückes Erdoberfläche zum Zweck hat, — im Gegensatz zu anderen vom Staate ins Leben gerufenen Anstalten, die zu ihrer Verwirklichung vielleicht auch eines besonders hergerichteten

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 55, 58, 152, 162, 196.
[2]) Absch. 1848, S. 181 f. Vgl. die ausführliche Wiedergabe der Verhandlungen bei *Blumer-Morel,* II, 36 ff.
[3]) Prot. des St. R. vom 20. Januar 1872.

Stückes Erdoberfläche bedürfen, aber nur als Mittel zum Zweck. Diese Begriffsbestimmung stimmt auch mit dem französischen Ausdruck travaux publics überein. Sonst könnte der Bund, gestützt auf Art. 23 B.V., die Kompetenz in Anspruch nehmen, alle möglichen staatlichen Anstalten ins Leben zu rufen, was keineswegs die Absicht der Urheber der Bestimmung war[1]).

Unter der Verfassung von 1848 machte der Bund von Art. 23 (damals 21) Gebrauch, um grössere Gewässerkorrektionen finanziell zu unterstützen. Die erste war die Rheinkorrektion, B. B. vom 8. Februar 1854 (A. S. IV, 58); sodann die Juragewässerkorrektion, B. B. vom 3. Aug. 1857 (A. S. V, 586), vom 22. Dez. 1863 (A. S. VIII, 13) und 25. Juli 1867 (A. S. IX, 93); und die Korrektion der Rhone, B. B. vom 28. Heumonat 1863 (A. S. VII, 578) und vom 22. Dez. 1870 (A. S. X, 324). Durch B. B. vom 25. Juli 1856 (A. S. V, 386) wurde Art. 23 angewendet auf die Konstruktion einer *Strasse* über den Brünig, durch B. B. vom 26. Juli 1861 (A. S. VII, 70), auf die Furka-, Oberalp- und Axenstrasse, sowie auf das bündnerische Strassennetz[2]).

Am 21. Juli 1871 erklärte die B. Vers. die Korrektionen und Verbauungen der Wildwasser, sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete, als Werk von allgemeinem schweizerischem Interesse im Sinne von Art. 23 B. V. (A. S., N. F., III, 226). Die einzelne Korrektion wurde gewissermassen bloss als Bestandteil eines die ganze Schweiz umfassenden Meliorationswerkes hingestellt, und für dieses einheitliche Werk ein einziger Schutzbautenfonds in Aussicht genommen. Die Grundidee dieses Beschlusses wurde im Jahre 1874 als zweiter Absatz des Art. 24 in die revidierte B. V. aufgenommen und später durch das B. Ges. betr. die Wasserpolizei im Hochgebirge vom 22. Brachmonat 1877 ausgeführt. Nach der Auslegung, die der B. R. diesen letzteren Erlassen gab, und die die B. Vers. in der Hauptsache akzeptierte, finden sie auf alle Gewässerkorrektionen Anwendung, unter Ausschluss des Art. 23 B. V.[3]). Der praktische Unterschied besteht hauptsächlich darin, dass der Bund nach dem Ausführungsgesetz zu Art. 24, Abs. 2, B. V. nur bis zu 40% und höchstens 50% an die Kosten des Werkes beiträgt, während er auf Grund von Art. 23 B. V. im einzelnen Falle auch höher gehen könnte. Dem Geiste der B. V. würde es besser entsprechen, wenn Art. 23 oder 24, Abs. 2, B. V. je nach der Ausdehnung der am Werke interessierten Landesteile angewendet würden; denn wenn es dem Bund freisteht, eine Gewässerkorrektion, die im Interesse eines grossen Teiles der Eidgenossenschaft liegt, auf eigene Kosten auszuführen, so muss er auch, falls er die Ausführung den Kantonen überlässt, eine beliebig hohe Subvention gewähren können. Art. 24 war m. E. nur dazu bestimmt, dem Bunde das weitere Recht zu gewähren, auch gewisse kleinere Werke zu unterstützen. Die B. Vers. hat nach diesem Grundsatz gehandelt, als sie durch B. B. vom 27. März 1893 (A. S. XIII, 552) «auf Grund des Art. 23 B. V. und des B. Ges. betr. die Wasserpolizei im Hoch-

---

[1]) Dagegen kann das öffentliche Werk auch in der Beseitigung von künstlich herbeigeführten Missständen bestehen, wie dies z. B. bei der Regulierung der Wasserstände des Vierwaldstätter-, Zürich- und Genfersees der Fall war (s. unten!).

[2]) Vgl. *Salis*, 1. Aufl., III, Nr. 915—924; 2. Aufl., IV, Nr. 1425—1429.

[3]) Vgl. über das Verhältnis von Art. 23 zu Art. 24, Abs. 2, besonders B. Bl. 1881, III, 731; ferner B. Bl. 1893, I, 760.

gebirge vom 22. Juni 1877» an die gesamten Kosten der Rheinregulierung einen Beitrag von 80% zusagte, im Gegensatz zum B. R., der diese Quote nur für die ausserhalb der Schweiz auszuführenden Arbeiten gelten lassen wollte. B. Bl. 1893, I, 760.

Art. 23 wurde daher seit 1877 in der Regel nicht mehr auf Gewässerkorrektionen angewendet. Abgesehen von diesen Arbeiten und den Strassenbauten fand Art. 23 noch auf folgende weniger häufige Fälle Anwendung:

Auf den Bau einer *Brücke* über die *Seeenge* bei Acheregg, B. B. vom 19. Januar 1859 (A. S. VI, 120); auf den Bau der *Seebrücke* und des dazu führenden Strassendammes bei Rapperswil, B. B. vom 2. Aug. 1873 (A. S. XI, 290) und vom 2. Aug. 1873 (A. S. XI, 290); auf den Bau einer Brücke über die Maggia bei Ascona, B. B. vom 29. Juni 1888 (angeführt in A. S. XV, 127); auf die Regulierung der *Wasserstände* des *Genfersees*, B. B. vom 16. Juni 1885 (A. S. VIII, 127), des *Zürichsees*, B. B. vom 2. Juli 1886 (A. S. IX, 71) und der Seen des *Joux*tales, B. B. vom 15. Dez. 1903 (A. S. XIX, 813), nachdem schon am 26. Jänner 1859 (A. S. VI, 142, 147) die B. Vers. «in Anwendung von Art. 23 B.V.» einen Vertrag der Uferkantone des Vierwaldstättersees und der Eidgenossenschaft betr. *Verbesserung des Seeabflusses in Luzern* genehmigt hatte; auf die Weiterführung des *Hüningerkanals* bis Basel durch B. B. vom 11. Juni 1896 (A. S. XV, 473); und endlich auf die *Eisenbahnen.*

Der Bund wies der Gotthardbahn durch Gesetz vom 22. Aug. 1878 (A. S. IV, 1) eine Subvention von 4½ Millionen zu[1]) und verpflichtete sich, den gleichen Beitrag einem Alpendurchstich im Westen und im Osten, sowie einen Beitrag von 2 Millionen zum Durchstich des Monte Cenere zu leisten. Das erste Versprechen wurde durch die Subventionierung des Simplontunnels eingelöst, B. B. vom 27. April 1887 (Sammlung von Eisenbahnaktenstücken, IX, 248); das letzte durch B. B. vom 20. Juni 1879 betr Ermächtigung des B. R. zum Abschluss eines Vertrages mit Italien über gemeinsame Subventionierung der Monte Cenere-Bahn (A. S. IV, 350). Die östliche Alpenbahn ist noch nicht projektiert, dagegen gewährte der Bund dem Schmalspurnetze des Kantons Graubünden durch B. B. vom 30. Juni 1898 (A. S. XVI, 846), gestützt auf Art. 23 B.V. eine Subvention von 8 Millionen. Das sind die einzigen Subventionen des Bundes an Eisenbahnunternehmungen[2]). Dass der Bund dazu[3]) wie auch zum Bau und Betrieb von Eisenbahnen nach Art. 23 kompetent ist, geht aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung deutlich hervor. Der Bericht von *Kern* und *Druey* vom 8. April 1848 bemerkt zum damaligen Art. 21: «Bei diesem Artikel hatte man besonders die Einführung von Eisenbahnen im Auge.» In der gleichen Voraussetzung beauftragte die B. Vers. am 18. Dez. 1849 den B. R., ihr u. a. den Plan zu einem allgemeinen Eisenbahnnetz und Anträge betr. die Beteiligung des Bundes bei der Ausführung des schweizerischen Eisenbahnnetzes, die Kon-

[1]) Dass diese Summe vom Bund den beteiligten Kantonen zu diesem Zwecke gegeben wurde, ändert an der Sache nichts. Vgl. Botschaft des B.R. vom 25. Juni 1878, B.Bl. 1878, III, 74 ff.

[2]) Vgl. indessen betr. Kapitalanlagen in Eisenbahnunternehmungen B. Bl. 1862, III, 585.

[3]) Die Kompetenzfrage ist diskutiert in der Botschaft des B. R. vom 25. Juni 1878, B. Bl. 1878, III, 49, und in den Kommissionalberichten 1878, III, 321, 609; vgl. *Salis*, IV, Nr. 1419—1422.

zessionsbedingungen für den Fall der Erstellung der Eisenbahnen durch Privatgesellschaften vorzulegen, vgl. B. Bl. 1897, II, 232. Und endlich erklärt sich nur so, dass der Bund die Rückkaufsklausel in alle Konzessionen aufgenommen hat; denn wenn er zum Betrieb verfassungsgemäss nicht befugt war, konnte er sich auch nicht den Rückkauf ausbedingen[1]). Das B. Ges. betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes vom 15. Okt. 1897 (A. S. XVI, 553) konnte sich daher mit Recht im Eingang auf Art. 23 B.V. berufen.

Endlich seien noch zwei besondere Fälle von Unterstützungen des Bundes erwähnt: Der Beitrag (50%) an den Wiederaufbau und die Konsolidierung der Stadt *Zug* beim Erdrutsch vom 5. Juli 1887; der B. B. vom 29. Juni 1888 (B. Bl. 1888, III, 488) stützte sich allerdings in erster Linie auf das Wasserpolizeigesetz. Ferner der Beitrag (50%) des Bundes an die Sicherungsarbeiten gegen Nachstürze beim *Sasso Rosso* bei Airolo durch B. B. vom 28. Sept. 1899 (A. S. XVII, 376) ohne Erörterung der Kompetenzfrage. *Salis*, IV, Nr. 1423, 1424.

Das Werk muss im *Interesse der Eidgenossenschaft oder eines grossen Teiles derselben* sein; damit ist nicht bloss das mittelbare Interesse des politischen Ganzen am Wohlergehen seiner Teile gemeint, sondern das durch die örtlichen Beziehungen vermittelte Interesse. Unter der B.V. von 1848 untersuchte die B.Vers. jedesmal gewissenhaft, ob das Werk jener Anforderung entspreche, z. B. bei der Rheinkorrektion und der Brünigstrasse[2]). Der B. B. vom 21. Juli 1871 ging bereits erheblich über diese Auffassung hinaus, indem er die Verbauung aller Wildwasser als Werk von allgemeinem schweizerischem Interesse erklärte. In neuerer Zeit ist Art. 23 auch auf Werke, namentlich Strassenbauten, angewendet worden, die für eine relativ kleine Landesgegend von wirtschaftlichem Interesse sind, wobei allerdings das militärische und politische (bessere Verbindung mit geographisch dem Ausland zugekehrten Landesteilen) Interesse wesentlich mit in Betracht kam, z. B. die Centovallistrasse, B. B. vom 10. Dez. 1892 (A. S. XIII, 189); die Schallenbergstrasse, B. B. vom 10. Dez. 1894 (A. S. XIV, 669); die Umbrailstrasse, B. B. vom 8. Okt. 1897 (A. S. XVI, 307); demgemäss wurden dann auch diese Strassen unter die Oberaufsicht des Bundes gemäss Art. 37 B. V. gestellt[3]). Schon unter der B.V. von 1848 wurden Werke unterstützt, die bloss auf dem Gebiete eines Kantons auszuführen waren und bloss diesen interessierten. Es wurden sogar Werke subventioniert, die nicht ausschliesslich auf schweizerischem Gebiete lagen; sofern die Schweiz daran interessiert ist, steht auch diese Verwendung der Bundesgelder mit der B.V. im Einklang. So die Rheinregulierung (B. Bl. 1893, I, 760) und die Weiterführung des Hüningerkanals bis Basel (B. Bl. 1896, III,

---

[1]) Über die verfassungsrechtliche Kompetenz des Bundes zum Bau und Betrieb der Eisenbahnen sind a. M. *Raynand*, Nationalisation des chemins de fer suisses, Thèse, Paris 1901, p. 89, *Beermann*, Die rechtlichen Grundlagen des Rückkaufswertes der schweiz. Bahnen, S. 57.

[2]) Aus diesem Grunde erklärte sich wohl die B. Vers. mit Beschluss vom 20. Heumonat 1854, A. S. IV, 252, „abgesehen von Art. 21 B. V.", geneigt, an die Korrektion der Reuss im Kanton Uri einen Beitrag von Fr. 15,000 zu leisten.

[3]) Ausser den schon erwähnten wurden mit Hülfe des Bundes gebaut: die Lukmanierstrasse, B. B. vom 25. Heumonat 1873, A. S. XI, 217; die rechtsufrige Thunerseestrasse, B. B. vom 30. Januar 1882, A. S. VI, 136; die Klausenstrasse, B. B. vom 16. Dez. 1891, A. S. XII, 392; die Strasse Schangnau-Wiggen, B. B. vom 10. Dez. 1894, A. S. XIV, 672. Über das Interesse „eines grossen Teils" der Eidgenossenschaft s. B. Bl. 1878, II, 1012.

11, 19). Werke von bloss lokaler Bedeutung wurden dagegen nicht unterstützt. *Salis,* IV, Nr. 1427.

Die Unterstützung wird in der Regel nur an *geplante Werke,* nicht an schon ausgeführte gewährt; die triftigen Gründe dafür legt der B. R. in seiner Botschaft vom 20. Aug. 1881 (B. Bl. 1881, III, 736) dar. Ausnahmen wurden gemacht bei der Aarekorrektion im Haslital (B. Bl. 1878, II, 1012), bei der Grimselstrasse (B. Bl. 1889, IV, 1, 11).

Die Unterstützung wurde gewöhnlich [1] im Betrag einer bestimmten *Quote der Gesamtkosten,* unter Mitbeteiligung des Kantons, gewährt.

An die Rheinkorrektion leistete der Bund durch Beschluss vom 27. März 1893 80% (Fr. 6,909,200); ebenso an die Klausenstrasse; an die Furka-, Oberalp- und Axenstrasse, sowie an die Grimsel- und die Umbrailstrasse $^2/_3$, häufig 50%, 40% oder $33^1/_3$%.

Der Bund hat nie auf Grund des Art. 23 B.V. ein Werk selbst errichtet, sondern stets die Ausführung den Kantonen überlassen; dagegen behielt er sich Genehmigung der Pläne und Prüfung der Baurechnungen, sowie die Kontrollierung der planmässigen Ausführung vor; er schreibt gewöhnlich noch besondere Bedingungen vor, z. B. Breite und Maximalsteigung der Strasse, Ausführungsfrist, und endlich ist der Kanton zum späteren Unterhalt (ev. auch zum Schneebruch) verpflichtet.

Abs. 2 ist redigiert worden im Hinblick auf den Fall der Errichtung öffentlicher Werke durch den Bund selbst, denn nur in diesem Fall kommt der Bund selbst in die Lage, das Recht der Expropriation geltend zu machen. Die Frage, ob die bundesrechtliche Expropriation noch auf andere Fälle Anwendung finde und in welcher Weise, beantwortet das B. Ges. betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850 (A. S. I, 319), in Art. 1: «Wenn kraft Art. 21 (= 23) B.V. entweder öffentliche Werke von Bundes wegen errichtet werden oder die Anwendung dieses B. Ges. auf andere öffentliche Werke von der B. Vers. beschlossen wird, so ist jedermann, soweit solche Werke ....» Das B. Ges. ist also ohne weiteres anwendbar, wenn der Bund selbst kraft Art. 23 B.V. öffentliche Werke errichtet; bei Errichtung anderer öffentlicher Werke, nämlich durch einen anderen Unternehmer oder durch den Bund, aber nicht kraft Art. 23 B.V. (z. B. öffentliche Bauten zu Bundeszwecken), kann die B. Vers. die Anwendung des eidg. Expropriationsgesetzes beschliessen. Sie hat dieses Gesetz in genereller Weise anwendbar erklärt [2]: 1. auf alle vom Bund konzessionierten Eisenbahnen, gemäss Art. 12 des B. Ges. über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen etc. vom 23. Dez. 1872; vgl. Art. 11 des B. Ges. vom 15. Okt. 1897 betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes etc.; 2. auf Arbeiten, welche durch das B. Ges. betr. die Wasserpolizei im Hochgebirge, vom 22. Brachmonat 1877, vorgesehen werden, sowie zur Aufhebung von bereits erworbenen Rechten an Gewässern, und von Rechten zu Wasserableitungen oder industriellen Wasserverwendungen, wenn das Interesse der Wasserbaupolizei es erheischt, gemäss Art. 8 des erwähnten Gesetzes; 3. auf die Erstellung von elektrischen Schwachstromanlagen, sofern weitere als

---

[1] An das bündnerische Strassennetz (1861) und an den Hüningerkanal (1896) versprach der Bund 1 Million beizutragen.

[2] Vgl. *Wolf,* Schweizerisches Rechtsbuch, I, S. 99.

die im Gesetz vom 24. Juni 1902, betr. die elektrischen Stark- und Schwachstromanlagen, selbst in Anspruch genommen werden, gemäss Art. 12 dieses Gesetzes; ferner zu gunsten der Eigentümer von Starkstromleitungen und der Bezüger von elektrischer Energie, gemäss Art. 43 ff. des gl. Ges.; 4. auf die Erwerbung und Erweiterung von eidg. Waffenplätzen, gemäss B. B. vom 28. Januar 1882 (A. S. VI, 134); und auf die Anlage und Erweiterung von Schiessplätzen in den Gemeinden, gemäss B. B. vom 22. April 1898 (A. S. XVI, 709).

Was endlich die von den Kantonen unter finanzieller Beteiligung des Bundes ausgeführten Werke betrifft, die meisten Anwendungsfälle des Art. 23, Abs. 1, so wurde der B. R. in denjenigen Fällen zur Anwendung des B. Ges. vom 1. Mai 1850 ermächtigt, in denen es nötig erschien, nämlich bei der Rheinkorrektion, B. B. vom 24. Juli 1862, der Rhonekorrektion, B. B. vom 28. Juli 1863, der Juragewässerkorrektion, B. B. vom 22. Dez. 1863, dem Bau der Seebrücke in Rapperswil (B. Bl. 1873, III, 115), beim Bau der Maggiabrücke bei Ascona, B. B. vom 30. März 1895, und der Umbrailstrasse, B. B. vom 8. Okt. 1897. In den anderen Fällen blieben die Kantone befugt, ihr kantonales Enteignungsrecht anzuwenden.

Abs. 3 ist m. W. noch nie zur Anwendung gekommen [1]).

Art. 24.

Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Wasserbau- und Forstpolizei.

Er wird die Korrektion und Verbauung der Wildwasser, sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete unterstützen und die nötigen schützenden Bestimmungen zur Erhaltung dieser Werke und der schon vorhandenen Waldungen aufstellen.

I. Geschichte.

In seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 bemerkte der B. R., die Verheerungen der Flüsse und Wildbäche, unter welchen nicht nur die Besitzer selbst und ihre Nachkommen, sondern auch die unterliegenden Gebiete zu leiden haben, hängen mit der Entwaldung ihrer Quellengebiete zusammen. Die Kompetenz zur Verbauung von Wildbächen und Flüssen habe der Bund schon auf Grund von Art. 21 B. V. Der B. R. schlug nun vor, die Kompetenz durch folgenden Art. 21 *a* zu erweitern:

[1]) Art. 3, Abs. 2, des B. Ges. betr. den Bau und Betrieb der Eisenbahnen, vom 23. Christmonat 1872, gestattet der B. Vers., einer Eisenbahn, welche die militärischen Interessen der Eidgenossenschaft verletzt, die Konzession zu verweigern. Es wurden schon mehrmals den Eisenbahnkonzessionären Verpflichtungen zur Wahrung der militärischen Interessen auferlegt. Vgl. die Konzession der Schöllenenbahn, B. Bl. 1904, II, 733.

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zu erlassen zur Erhaltung oder Wiederherstellung der Gebirgswaldungen in den Wassergebieten der Flüsse und Wildbäche, deren Eindämmung und Verbauung unter Beihülfe der Eidgenossenschaft stattgefunden hat oder stattfinden wird.»

In der N. R. K. stellte die staatswirtschaftliche Sektion den Antrag:

«Der Bund hat das Recht der Oberaufsicht über die Forst- und Wasserpolizei im Hochgebirge. Insbesondere wird er die geeigneten Massregeln treffen, um die Gebirgswaldungen möglichst zu erneuern und wieder herzustellen.»

Der Antrag, die Vorsorge des Bundes nicht auf das Hochgebirge zu beschränken, wurde nicht angenommen. In wörtlicher Übereinstimmung mit einem vom schweizerischen Forstverein mit Eingabe vom 27. Febr. 1871 gemachten Vorschlag, gab die Kommission dem Artikel die Fassung, die er in der B. V. erhielt[1]).

Der Berichterstatter *(Hallauer)* der St. R. K. unterstützte den Antrag der N. R. K., indem er namentlich hervorhob, wenn der Bund verpflichtet sei, grosse Summen für die Korrektion von Flüssen und die Wiederaufforstung ihrer Quellengebiete auszugeben, so müsse man ihm das Aufsichtsrecht nicht nur da geben, wo solche Arbeiten bereits ausgeführt worden seien, sondern auch da, wo sie nötig werden könnten. Der Antrag habe die bestimmte Meinung, dass in jedem Falle zuerst die Talschaften, Gemeinden, bezw. Privaten sich zu gewissen Beiträgen verstehen und dieselben sichern, ehe von eidg. Zuschüssen oder Bauten die Rede sein könne[2]). Im N. R. beantragte *Jolissaint* den Zusatz: «Der Bund ist auch befugt, die polizeiliche Oberaufsicht über die Waldungen der mittleren Regionen und der Ebenen auszuüben»[3]), blieb aber damit in Minderheit.

Bevor die B. Vers. den Revisionsentwurf vom 5. März 1872 angenommen hatte, fasste sie am 21. Juli 1871 den schon bei Art. 23 erwähnten Beschluss, wodurch die Korrektionen und Verbauungen der Wildwasser, sowie die Aufforstung ihrer Quellengebiete als Werk von allgemeinem schweizerischem Interesse erklärt wurden (Art. 21 B. V.). Dieser Beschluss sah auch eine Oberaufsicht des Bundes über die Wasserbauten und die Aufforstungen vor, aber nur als Bedingung und Folge der Subventionierung.

In Ausführung des Art. 24 B. V. wurde am 24. März 1876 das Bundesgesetz betr. die eidg. Oberaufsicht über die Forstpolizei (A. S. II, 353) und am 22. Juni 1877 das Bundesgesetz betr. die Wasserbaupolizei im Hochgebirge (A. S. III, 193) erlassen. Während ersteres der Oberaufsicht des Bundes nur ein bestimmtes, dem Begriffe «Hochgebirge» der Verfassung entsprechendes eidgenössisches Forstgebiet unterstellte, dehnte das Wasserpolizeigesetz diese Aufsicht auch auf diejenigen Gewässer ausserhalb des Forstgebietes aus, welche der B. R. im Einverständnis mit den betr. Kantonsregierungen, oder in Fällen, wo ein solches nicht erzielt werden kann, die B. Vers. bezeichnen würde (Art. 1, lit. *b*), womit den Kantonen die Möglichkeit gegeben war, für die Korrektion von Gewässern in der ganzen Schweiz Subventionen vom Bunde zu erlangen

[1]) Prot. der N. R. K., S. 81.
[2]) Prot. der St. R. K., S. 49 ff. *Blumer-Morel,* II, 198 ff.
[3]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 96.

gegen die Verpflichtung, solche Gewässer der eidg. Oberaufsicht zu unterstellen.

Mit gemeinschaftlicher Eingabe vom Januar 1884 stellten die Kantone Bern, Solothurn und Baselland das Gesuch, es seien dem Jura, gleich wie den Alpen, Bundesunterstützungen an die Kosten von Aufforstungen und Wasserbauten zukommen zu lassen, ev. es möchten die nötigen Schritte getan werden, damit das eidg. Forstgebiet auch auf den Jura ausgedehnt werde. Der B. R. antwortete, das Wasserbaupolizeigesetz finde laut Art. 1 *b* auch Anwendung auf Gewässer ausserhalb des eidg. Forstgebietes; es seien auch schon zu wiederholten Malen Bundesbeiträge zu Flusskorrektionen ausserhalb des erwähnten Gebietes gewährt worden, dagegen sehe das Forstpolizeigesetz nur die Verabreichung von Bundesbeiträgen an Aufforstungen innert den Grenzen des eidg. Forstgebietes vor. Er führte sodann in seiner Botschaft vom 1. Juni 1888 (B. Bl. 1888, III, 297) aus, man könne jenem Gesuche, sowie einem ähnlichen des schweiz. Forstvereins vom 15. Okt. 1887, entweder dadurch gerecht werden, dass man durch Revision des Art. 24 B. V. und des Forstpolizeigesetzes die Oberaufsicht des Bundes auf die Waldungen der ganzen Schweiz ausdehne, oder aber dadurch, dass man, ohne Revision des Gesetzes, die im Forstgesetze vorgesehenen Beiträge auch an Kantone ausserhalb des Forstgebietes verabfolge, sofern sie die im Gesetze festgesetzten Pflichten dauernd übernehmen wollen; der B. R. schlug letzteres vor. Der N. R. verwarf aber die Vorlage[1]).

Am 23. März 1893 erklärte der N. R. folgende Motion *(Baldinger)* erheblich: «Der B. R. ist eingeladen, zu prüfen, ob nicht der Bereich der Bundesaufsicht über das Forstwesen zu erweitern sei.» Der B. R. beantragte darauf mit Botschaft vom 14. Nov. 1893 (B. Bl. 1893, V, 9) in Art. 24, Abs. 1, B. V. die Worte: «im Hochgebirge» zu streichen aus folgenden Gründen: Die nicht im Forstgebiet befindlichen Kantone (und Kantonsteile) erhalten zwar Bundesbeiträge zu Flusskorrektionen, aber nicht zu Aufforstungen, und da an jene auch forstliche Bedingungen geknüpft werden, so werde das eidg. Oberforstinspektorat beauftragt, die Einhaltung derselben zu kontrollieren und auf Jahre hinaus zu überwachen; es greife somit der forstliche Geschäftskreis obiger Beamtung in Forstsachen schon jetzt über die Grenzen des eidg. Forstgebietes hinaus. Dieselben Kantone müssen somit neben ihren bedeutenden Wasserbaukosten noch Aufforstungen ausführen, für die sie keine Subsidien erhalten[2]). Die Billigkeit verlange, dass allen Landesteilen unter gleichen Verpflichtungen gleiche Bundeshülfe gewährt werde; die im eidg. Forstgebiete befindlichen Kantone erhalten aber z. Z. allein Bundesbeiträge: *a)* an die Aufforstungen und die allfällig damit verbundenen Verbaue (Art. 24 ff. des Forstpolizeigesetzes); *b)* an die Kurse zur Heranbildung von Unterförstern (Art. 23 ibid.); *c)* an die Besoldungen der höheren kantonalen Forstbeamten, B. B. vom 5. Dez. 1892 (A. S. XIII, 326);

[1]) Eine vom B. R. im Jahre 1887 durch das Oberforstinspektorat durchgeführte Enquete kam zum Ergebnis, dass zwar im Jura und im Hügelland die klimatischen Verhältnisse günstiger seien und weniger Wasser- und Terraingefahren bestehen, dass aber die eidg. Oberaufsicht trotzdem wünschbar sei wegen der grossen industriellen und anderen, mit den Gewässern verknüpften Interessen, und weil die kantonale Gesetzgebung gegenüber Privatwaldungen, die verschiedenerorts gar keiner Kontrolle unterstellt seien, nicht durchgreifend genug sei. B. Bl. 1888, III, 297.

[2]) Vgl. St. B. 1894/95, IV, S. 661, Votum von B. R. *Deucher*.

d) an die Triangulation IV. Ordnung im eidg. Forstgebiete, B. B. vom 17. Sept. 1880 (A. S. V, 213), wo der Bund durch das eidg. Generalstabsbureau die Berichtigung, Vervollständigung und Versicherung der Triangulation selber durchgeführt, B. B. vom 20. Dez. 1878 (A. S. IV, 49). Der B. R. wies endlich auf den komplizierten Rechtszustand derjenigen Kantone hin, die nur teilweise im eidg. Forstgebiet sind und für beide Teile ihres Gebietes eine besondere Forstgesetzgebung besitzen.

In der B. Vers. wurde noch hervorgehoben, die Forstpolizei und die Wasserpolizei müssen Hand in Hand gehen, wie es auch die ursprüngliche Meinung des Art. 24 B. V. gewesen sei. Bezüglich der Gewässerkorrektionen habe die Revision des Art. 24 B. V. keine praktische Bedeutung, da Art. 24 schon nach damaliger Praxis auf die ganze Schweiz angewendet werde; sie werde aber dem Wasserpolizeigesetz und der darauf gegründeten Praxis die ihnen fehlende verfassungsmässige Grundlage wieder geben. Ausschlagend war das Motiv, die zu ungunsten der im eidg. Forstgebiete nicht inbegriffenen Landesteile bestehende Ungleichheit aufzuheben und auch ihnen zu ermöglichen, vom Bunde Subventionen zu Forstzwecken zu erhalten [1]. Die Verfassungsrevision wurde vom Volke in der Abstimmung vom 11. Juli 1897 mit 156,102 gegen 89,561 St. und 14 1/2 gegen 5 1/2 Standesstimmen angenommen (A. S. XVI, 339). Die B. Vers. beschloss vorläufig am 15. April 1898 (A. S. XVI, 825), das bisherige Forstpolizeigesetz vom 24. März 1876 sei auf die ganze Schweiz anwendbar; am 11. Okt. 1902 (A. S. XIX, 492) nahm sie ein neues Gesetz über den Gegenstand an.

II. Auslegung [2].

Zweck der dem Bunde eingeräumten Oberaufsicht ist der Schutz des Landes gegen die Verheerungen der Wasserläufe durch die Korrektion dieser Wasserläufe selbst und die Erhaltung oder Anpflanzung von Waldungen in ihrem Quellengebiete, nicht aber die möglichst rationelle Nutzung des Waldes und der Gewässer. Die Ausführungsgesetze verfolgen auch fast ausschliesslich jenen Zweck. Das Forstpolizeigesetz vom 11. Oktober 1902 weicht davon ab einmal, indem es als Schutzwaldungen auch diejenigen erklärt, welche Schutz bieten gegen ausserordentliche Wasserstände, nämlich auch gegen besonders niedrige, zum Schaden der Industrie [3]; sodann indem es in Art. 25 den Bund bei Schutzwaldungen auch die Anlage von Abfuhrwegen oder sonstigen zweckentsprechenden ständigen Einrichtungen für den Holztransport durch Beiträge unterstützen lässt. Der Zweck solcher Anlagen ist aber auch ein forstpolizeilicher, indem die Abfuhrwege an Stelle der dem Walde schädlichen Holzschleifen treten sollen.

Um zu dem eingangs bezeichneten Zweck zu gelangen, gibt es zwei Mittel: die rechtliche Ordnung der Nutzungs- und Verfügungsrechte über die vorhandenen Waldungen und Gewässer, und die Verbesserung des gegebenen Zustandes durch öffentliche Arbeiten. Die B. V. wollte dem

[1]) St. B. 1894/95, S. 647 ff.; 1895, S. 237 ff., vgl. Votum *Schwander, Schobinger.*

[2]) *A. Jäggi,* Die Fluss- und Gewässerkorrektionen seit dem Jahr 1848, Zeitschr. für schweiz. Statistik, Bd. XXIV, 179; XXVI, 1. *Furrer,* Art. „Forstwirtschaft“ von *Sury,* I, 651; *Reichesberg,* Art. „Forstwesen“ von *Bourgeois* und *Coaz,* II, 1.

[3]) Vgl. Botschaft vom 1. Juni 1898 B. Bl. 1898, III, 545. St. B. IX, S. 46, ad Art. 3; vgl. S. 26.

Bunde die Kompetenz geben, das eine und das andere zu tun. Dagegen darf angenommen werden, dass die Verfassung dem Bund nicht das Recht geben wollte, von den Kantonen die Ausführung von öffentlichen Arbeiten auf ihre Kosten zu verlangen, oder m. a. W. über ihre finanziellen Mittel zu diesem Zwecke zu verfügen. Sollen solche Arbeiten ausgeführt werden, so kann es der Bund auf eigene Kosten tun, oder die Kantone durch Verabfolgung von Subventionen veranlassen, es zu tun. Beide Gesetze legen zwar in ihrem Wortlaut den Kantonen weitergehende Pflichten auf, sie sind aber nicht über die erwähnte Grenze hinaus angewendet worden.

Bei den **Waldungen** kommt, sofern es sich um *Erhaltung* bestehenden Waldes handelt, in erster Linie die rationelle Regelung des Nutzungs- und Verfügungsrechts in Betracht, erst in zweiter Linie die Ausführung öffentlicher Arbeiten. Das B. Ges. vom 11. Okt. 1902 erstrebt nun in der Tat die Erhaltung des Waldes durch eine öffentlichrechtliche und für Schutzwaldungen besonders strenge Regelung der Bewirtschaftung des Waldes und der rechtlichen Verfügung über denselben. Liegt auch darin eine Einwirkung auf das Ertrāgnis der Kantons- und Gemeindewaldungen und somit auf die Einkünfte des Kantons, so erfährt der Kanton damit doch nur diejenige Schmälerung seiner Einkünfte, welche durch eine forstpolizeilich richtige und weitblickende Bewirtschaftung seiner Waldungen geboten ist.

Was die *Anpflanzung* neuer (Schutz-) Waldungen anbetrifft, so verpflichtet Art. 36, Abs. 1, die Kantone, darauf hinzuwirken, dass Grundstücke, durch deren Aufforstung Schutzwaldungen gewonnen werden können, zur Bestockung gelangen, und gestattet der 2. Absatz desselben Artikels auch dem Bund, die Anpflanzung von Schutzwaldungen (ebenso die Verbauung von Lawinen und Steinschlägen) anzuordnen, wenn durch diese Massnahmen bestehende oder neu zu gründende Waldungen geschützt werden. Der Bund hat damit das Recht, Kantone zu Aufforstungen zu verhalten, aber nicht ohne an die Kosten beizutragen (Art. 42), und nicht ohne auf ihre finanzielle Lage Rücksicht zu nehmen.

Bei der **Wasserbaupolizei** spielt die Regelung der Nutzungs- und Verfügungsrechte eine untergeordnete Rolle (vgl. Art. 3 des Gesetzes vom 22. Juni 1877); weitaus am wichtigsten ist die positive, unmittelbare Einwirkung des Staates durch öffentliche Arbeiten. Der Hauptzweck des Gesetzes ist denn auch die Ausführung solcher Schutzarbeiten und die Erhaltung derselben; grundsätzlich behalten die Kantone die Initiative; das Gesetz geht aber insofern weiter, als es die Kantone verpflichtet, die vom öffentlichen Interesse geforderten Arbeiten auszuführen, wogegen der Bund an diese Arbeiten Beiträge leisten soll. Dem Bericht der St. R. K. über den Gesetzesentwurf vom 4. Dez. 1876 (B. Bl. 1877, I, 54) ist zu entnehmen, dass es die Absicht des Gesetzgebers war, dem Bund das Recht zu geben, u. a. von den Kantonen die Ausführung dringender Schutzarbeiten unter Beteiligung des Bundes an den Kosten zu verlangen. Der B. R. legte das Gesetz so aus in seiner Botschaft betr. die Korrektion des Tessinflusses, vom 3. Juni 1885 (B. Bl. 1885, III, 230), und im Geschäftsbericht für 1888 (B. Bl. 1889, I, 528, *Salis*, IV, Nr. 1446), in Fällen allerdings, wo Korrektionsprojekte unausgeführt blieben, deren Notwendigkeit sie selber behufs Erlangung von Subventionen dargelegt hatten [1]). Die Worte «mit tunlicher Beförderung» in Art. 5, Abs. 1.

[1]) Sonst ist, einer gefl. Mitteilung des eidg. Departements des Innern nach, noch kein Kanton zur Ausführung von Wasserarbeiten gezwungen worden.

deuten darauf hin, dass die Kantone nicht über ihre finanziellen Kräfte hinaus verpflichtet sein sollen, wie der Bund selbst beansprucht, bei Verabfolgung von Subventionen auf seine Finanzlage Rücksicht nehmen zu können [1]. Der Bund wird es schwerlich versuchen, einen Kanton, der sich dessen weigert, zu Korrektionsausgaben zu zwingen. Die Oberaufsicht des Bundes bezieht sich daher tatsächlich nur auf die mit seinen Subventionen korrigierten Gewässer; bezüglich dieser Gewässer übernehmen die Kantone eine wirkliche Unterhaltspflicht, deren Erfüllung der Bund auch erzwingen könnte. Im übrigen besteht die Oberaufsicht des Bundes nach dem Gesetz von 1877 nur noch im Rechte, von den Kantonen den Erlass der zur Ausführung des Bundesgesetzes erforderlichen Gesetze zu verlangen und diese Erlasse zu genehmigen.

Nachdem die Verfassungsrevision von 1897 dem Bund die Oberaufsicht über die Wasserpolizei im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft gegeben hat, besteht kein Bedenken mehr, den Begriff «*Wildwasser*» im weitesten Sinn auszulegen; denn wenn der Bund nicht die Pflicht haben sollte, die Korrektion der anderen Gewässer zu unterstützen, so könnte ihm doch die Kompetenz dazu nicht abgesprochen werden. Die Frage hat also keine grosse praktische Bedeutung mehr. Es kann daher dahingestellt bleiben, ob die diesem Worte schon vorher gegebene Auslegung nicht zu weit war (vgl. oben sub I). In seiner Botschaft vom 6. März 1876 zum Wasserpolizeigesetz (B. Bl. 1876, I, 660) meinte nämlich der B. R., unter «Wildwasser» sei im Zusammenhang des 2. Abs. von Art. 24 B. V. nichts anderes zu verstehen als die Regelung der Gewässer im Tale und überhaupt in ihrem untern Laufe: «Der Ausdruck «Wildwasser» widerspricht dieser Auffassung nicht, da derselbe auf unsere Flüsse passt, soweit sie in einem Masse mit Geschieben beladen sind, dass sie durch künstliche Einschränkung zur Fortbewegung desselben befähigt und damit vor Verwilderung bewahrt werden müssen, was bekanntlich bis zu den Seen, in welche sie das Geschiebe entleeren, der Fall ist.» Die St. R. K. stimmte diesem nicht gerade fliessend ausgedrückten Gedanken bei (B. Bl. 1877, I, 49).

Art. 25.

Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen über die Ausübung der Fischerei und Jagd, namentlich zur Erhaltung des Hochwildes, sowie zum Schutze der für die Land- und Forstwirtschaft nützlichen Vögel zu treffen.

I. Geschichte [2].

Die B.V. von 1848 enthielt keine ähnliche Bestimmung. Dagegen bestand zwischen den Kantonen Glarus, Schwyz, Graubünden und St. Gallen ein Konkordat vom 18. Februar 1868 betr. die Einführung

[1] Geschäftsbericht für 1886; B. Bl. 1887, I, 576.
[2] *Blumer-Morel*, II, 301.

gemeinschaftlicher offener Jagdzeit und zeitweisen gemeinschaftlichen Jagdbannes auf Gemsen, Rehe, Hirschen und Murmeltiere; es wurde genehmigt durch B. R. B. vom 31. Juli 1868 (B. Bl. 1868, III, 89). Zwischen St. Gallen und Appenzell beider Rhoden bestand ein Konkordat vom 28. Juni 1866 (B. Bl. 1866, III, 367) betr. Jagdbann auf Gemsen und Rehe, und zwischen Waadt und Neuenburg eine Übereinkunft betr. die Ausübung der Jagd (Zusicherung des Gegenrechts in bezug auf Erteilung von Jagdpatenten) vom 10. Juli 1869 (B. Bl. 1869, III, 119).

In den N. R.-verhandlungen vom Jahre 1871 schlug *Flückiger* als Art. 23 folgende Bestimmung vor:

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Vorschriften zu erlassen:

a) zum Schutze der für die Landwirtschaft nützlichen Vögel;

b) zur Hebung der Fischerei in den öffentlichen Gewässern;

c) zum Schutze des Hoch(ge)wildes in den Gebirgen»,

der *Scheuchzer* folgende Fassung gegenüberstellte:

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen betreffend die Fischerei und das Jagdwesen zu erlassen.»

Zur Begründung wurde auf die volkswirtschaftliche Bedeutung der Jagd, der Fischerei und des Vogelschutzes hingewiesen, und auf die Schwierigkeit eines wirksamen Schutzes bei den verwickelten Territorialverhältnissen der Kantone. Man dürfe erwarten, dass eine solche Bestimmung selbst von der Bevölkerung gern gesehen würde, zumal das eigentliche Jagdregal nach wie vor Sache der Kantone verbliebe. Es wurde daran erinnert, dass der Bund am 19. Dez. 1869 eine Übeinkunft mit Baden zu gunsten der Fischerei im Rhein, im Untersee und in den Zuflüssen zwischen Konstanz und Baden abgeschlossen habe (A. S. X, 103). Zuerst abgelehnt, wurde die Bestimmung in einer späteren Sitzung mit Mehrheit in folgender Fassung angenommen:

Art. 22[bis]: «Der Bund ist auch befugt, gesetzliche Vorschriften zu erlassen zur Hebung der Fischerei in den öffentlichen Gewässern und zum Schutze des Hochwildes in den Gebirgen sowohl, als der für die Land- und Forstwirtschaft nützlichen Vögel[1].»

Der St. R. pflichtete dem Antrag *Dubs* bei, der Bestimmung folgenden Wortlaut zu geben:

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zum Schutze der für die Land- und Forstwirtschaft nützlichen Vögel, sowie über die Ausübung der Fischerei und Jagd, namentlich zur Erhaltung des Hochwildes, zu treffen[2].»

Bei den Revisionsverhandlungen des Jahres 1873/1874 gab der N. R. im Anschluss an die St. R. K. der Bestimmung die jetzige Fassung; gegenüber einem Streichungsantrage wurde bemerkt, der Artikel habe nicht den Sinn, dass der Bund in das einzelne sich einlassen, Patente und ähnliche Taxen aufstellen solle, er werde sich darauf beschränken, in allgemeinen Zügen festzustellen, inwiefern die Jagd dem Bürger erlaubt sein solle. Er werde daher hauptsächlich Bestimmungen erlassen über die Schonzeit, über die Jagdkarten, über die Mittel, welche zur Jagd nicht verwendet werden dürfen. Der St. R. schloss sich dem N. R. an[3].

---

[1]) Prot. des N. R., 1871/1872, S. 97, 364.

[2]) Prot. des St. R., 18. Januar 1872.

[3]) Prot. der eidg. Räte, 1873/1874, S. 23, 313.

II. Auslegung[1].

Zweck der Bestimmung ist die Erhaltung der Fische und des Wildes, und Schutz der nützlichen Vögel; der Bund ist daher befugt, die dazu erforderlichen Regeln aufzustellen[2]. Die *Jagd-* und *Fischereipolizei* umfasst nun die Regelung des Rechtes zu jagen und zu fischen: 1. in bezug auf die rechtliche Grundlage dieses Rechtes, als Ausfluss des Grundeigentums, oder als vom Staat durch Polizeierlaubnis oder Verpachtung verleihbares Recht; 2. in bezug auf die Art der Ausübung dieses Rechts und die Bestimmung des Wildes und der Fischarten, die gejagt und gefangen werden dürfen. Das erste ist grundsätzlich Sache der Kantone, das zweite Sache des Bundes[3]. Während ein wirksamer Schutz des Waldes nicht ohne Regelung der Rechtsverhältnisse am Wald erzielt werden kann, tritt hier diese Frage, wer jagd- und fischereiberechtigt sei, gegenüber derjenigen, wie das Recht ausgeübt werde, zurück.

Es ist zwar auch vom Standpunkt der Erhaltung des Wildes und der Fische nicht gleichgültig, ob das Jagd- oder Fischereirecht durch viele oder wenige ausgeübt wird, durch solche, die ein Interesse an der Erhaltung des Wildes haben, oder solche, die keines haben, nach dem System des Jagdpatentes oder der verpachteten Jagdreviere. Es kommen dabei aber auch andere Interessen in Betracht, namentlich das fiskalische des Staates, das Interesse der Landwirtschaft, dasjenige der öffentlichen Sicherheit, dasjenige der Bürger an der «Demokratisierung» des Jagdvergnügens, und die Würdigung dieser Interessen ist in erster Linie Sache der Kantone. Wenn es aber die Erhaltung des Wildes erheischt, ist m. E. auch der Bund kompetent, in die Organisation der Jagdberechtigung einzugreifen, wobei er allerdings auch jenen Interessen Rechnung tragen soll. Es kann daher nicht in absoluter Weise gesagt werden, die Festsetzung des Jagdsystems sei Sache der Kantone[4]. Die verschiedenen Seiten der Frage sind so eng miteinander verbunden, dass, wer die eine normiert, die anderen notwendigerweise auch beeinflusst. Die B.V. wollte zweifellos den Kantonen die fiskalische Einnahmequelle aus dem Jagdrecht nicht entziehen, ebenso sicher aber dem Bund nicht jede Massregel verwehren, die auf die Einnahmen der Kantone rückwirken kann[5]. Der Bund hat eben hier wie mancher-

---

[1] Vgl. *Furrers* Lexikon, Art. „Jagd" von *Sury*, II, 53; *Huber*, Schweiz. Privatrecht. III, 625, 639; *Schollenberger*, II, 331; *Salis*, IV, Nr. 1424–1437; *Hans Meyer*, Forderungen aus Wildschaden, Bern, Diss, 1897.

[2] Vgl. St. B. 1903, S. 118.

[3] In diesem Sinne B. R. B. vom 20. Okt. 1903 i. S. Patry, B. Bl. 1903. IV, 423; *Salis*, V, Nr. 2111; weniger bestimmt die Entscheidungen bei *Salis*, V, Nr. 2111, anfangs (1. Aufl., IV, Nr. 1432), Nr. 2113, 2116.

[4] Die Frage, ob das Reviersystem, das heute die Ausnahme bildet, in der ganzen Schweiz vorgeschrieben werden solle, wurde im Jahre 1891 einlässlich diskutiert; die N. R. K. schlug vor, den Gemeinden die Befugnis zu erteilen, das Reviersystem einzuführen; vgl. St. B. I (1891), 385, 388 ff., 534, 539 ff., namentlich die Voten *Dencher*, *Eggli* u. *Cornaz*, die sich gegen die Kompetenz des Bundes aussprechen. Eine andere Frage ist es allerdings, ob der Bund über die Kantone hinweg den Gemeinden ein solches Recht geben könne; vgl. St. B. 1902, 558.

[5] Z. B. die Festsetzung eines Mindestpreises für Jagdpatente, wie es die Botschaft vom 26. Mai 1875, B. Bl. 1875, III, 27, anregte.

orts, wo seine Kompetenzen mit denjenigen der Kantone unzertrennbar verwoben sind, die Pflicht, bei der Ausübung seiner Kompetenzen auf diejenigen der Kantone billige Rücksicht zu nehmen, wenn ihm auch eine formale Schranke seiner Zuständigkeit nicht wohl nachgewiesen werden kann. Man wird m. E. dem Willen der B. V. nicht gerecht, wenn man dem Bund das unbeschränkte Gesetzgebungsrecht in Jagd- und Fischereisachen vindiziert, gestützt auf den allerdings sehr allgemein gefassten Wortlaut der Verfassungsbestimmung[1]). Mit dieser Beschränkung ist es richtig, dass den Kantonen die Jagd- und Fischereihoheit verblieben ist; sie umfasst, nebst dem Gesetzgebungsrecht im Rahmen des Bundesrechts, auch das Regal i. e. S., das Recht nämlich, ohne Rücksicht auf das Prinzip der Gewerbefreiheit, die Ausübung der fraglichen Erwerbstätigkeit nicht nur, wie andere Gewerbsarten, durch polizeiliche Vorschriften einzuschränken, sondern auch dem Staate ganz vorzubehalten und in fiskalischer Weise zu gestalten.

In Wirklichkeit hat der Bund nur in geringem Mass das Jagdrecht nach der zweitgenannten Seite hin geregelt, indem er im Gesetze über Jagd und Vogelschutz vom 17. Sept. 1875 (A. S. II, 39) das Recht zu jagen von einer durch jeden Kanton für sein Gebiet zu erteilenden Bewilligung abhängig macht, ohne jedoch den Kantonen vorzuschreiben, nach welchem Systeme der Jagdbetrieb stattfinden soll (Art. 2 u. 3); die Revision des Gesetzes vom 24. Juni 1904 (A. S. XX, 133) hat diese Bestimmungen unverändert gelassen.

Aus dem eben erörterten Grund, und weil der Bund nur zur Erhaltung der Tiere Bestimmungen aufzustellen befugt ist, kann den Kantonen nicht verboten werden, noch weitere Beschränkungen des Jagdrechts aufzustellen, z. B. die Jagdzeit zu verkürzen, wie es mehrere Kantone schon getan haben. Der B. R. hat daher mit Recht gegen solche kantonale Vorschriften gerichtete Rekurse abgewiesen: *Salis*, V, Nr. 2118.

Das B. Ges. betr. die *Fischerei*, vom 21. Dez. 1888 (A. S. XI, 62), übereinstimmend mit dem früheren vom 18. Sept. 1875 (A. S. II, 90) enthält hierüber gar keine Vorschriften und überlässt die Verleihung und Anerkennung der Rechte zum Fischfang den Kantonen.

Beide Gesetze enthalten vorwiegend Bestimmungen über die technische Ausübung der Fischerei und Jagd; das Jagdgesetz zählt die als nützlich anerkannten Vögel auf und verbietet deren Tötung.

Den Kantonen ist auch die Ausführung der Gesetze vorzubehalten; es lag nicht in der Absicht der Urheber der Verfassung, die Erteilung der Fischerei- und Jagdrechte und die Ausübung der Fischerei- und Jagdpolizei i. e. S. zu zentralisieren und in die Hände von Bundesorganen zu legen[2]).

---

[1]) So *Blumer-Morel*, II, 302; es könnte im Worte: „Ausübung" eine Einschränkung, wie die im Texte postulierte, gefunden werden, wenn es hiesse: „Ausübung des Fischerei- und Jagd*rechts*; die Regelung der Ausübung der Fischerei und Jagd aber, d. h. dieser Tätigkeiten, umfasst gewiss auch die Bestimmung der dazu berechtigten Personen, das Jagdsystem. — In diesem Sinne spricht sich auch die zitierte Botschaft des B. R. aus.

[2]) Die Botschaft zum Jagdgesetz sah indessen eidg. Wildhüter für die Bannbezirke vor; B. Bl. 1875, III, 308.

Art. 25bis.

Das Schlachten der Tiere ohne vorherige Betäubung vor dem Blutentzug ist bei jeder Schlachtart und Viehgattung ausnahmslos untersagt.

I. Geschichte[1].

Die redaktionell unschöne und inhaltlich unbedeutende Bestimmung geht auf ein von 83,149 Bürgern gestelltes, am 30. Aug. 1892 beim B. R. eingereichtes Initiativbegehren zurück (B. Bl. 1892, IV, 762). Die Initiativbewegung selbst wurde hervorgerufen durch die Beschlüsse des B. R. vom 17. März 1890 und der B. Vers. vom 11. Dez. 1891 über die Beschwerde von Israeliten u. a. gegen ein Berner und ein Aargauer Gesetz, welche das Schächten verboten; die Beschwerden wurden, gestützt auf Art. 50 der B.V., gutgeheissen (B. Bl. 1890, I, 639. Übersicht der Verhandlungen der B.Vers., Juni 1891, Nr. 19; Dez. 1891, Nr. 15; vgl. B. Bl. 1887, I, 531; III, 46; 1888, II, 698. *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 725, vgl. Nr. 724; I, Nr. 19; 2. Aufl., III, Nr. 1028). Im N. R. schlug die Mehrheit der Kommission vor, dem Entwurfe der Initianten einen Gegenentwurf entgegenzustellen, welcher dem Bunde das Gesetzgebungsrecht über das Verfahren beim Schlachten der Tiere und über den Tierschutz im allgemeinen, nach der Anregung eines Mitgliedes der Kommission auch noch über die Verfolgung und Ausrottung schädlicher Tiere und Pflanzen gegeben hätte; letztere Anregung wurde als unzulässig bezeichnet, da es der B. Vers. nicht zustehe, in einem Gegenentwurf andere Gegenstände zu behandeln als diejenigen des Initiativentwurfes. Von anderer Seite wurde beantragt, dem Volke die Ablehnung zu empfehlen, aber in Zukunft die Praxis über die Anwendung des Art. 50 auf die vorliegende Frage zu ändern, was in einer «Erwägung» des Beschlusses anzudeuten wäre. Der Rat entschied sich aber für den Antrag, einfache Verwerfung zu empfehlen ohne Gegenentwurf (St. B. II, 417 ff., 463). Der St. R. stimmte diesem Beschlusse zu (St. B. III, 256, 257).

In der Volksabstimmung vom 20. Aug. 1893 wurde der Entwurf der Initianten mit 191,527 gegen 127,101 Stimmen und 10³/₂ gegen 9³/₂ Standesstimmen angenommen (B. Bl. 1893, IV, 399; A. S. XIII, 1020).

II. Auslegung[2].

Art. 25bis der B.V. ist ein zur Wahrung der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Anstandes erlassenes Polizeiverbot[3]; es ergibt sich daraus:

---

[1]) *Hilty*, Polit. Jahrb. VI, 448; VII, 161.

[2]) *Bertoni*, I, 269, kritisiert mit Recht die unlogische und divergierende Fassung des deutschen, französischen und italienischen Textes.

[3]) Der gesetzgeberische Gedanke ist derselbe, der dem Verbot der Tierquälerei zu Grunde liegt: Schutz gegen Verletzung des Anstands- und Sittlichkeitsgefühls des Publikums. Vgl. *Stooss*, Ist das Schächten Tierquälerei? Zeitschr. des Bern. Juristenvereins, 1884, S. 551.

1. dass es nicht über das Gebiet der schweizerischen Eidgenossenschaft hinaus wirkt; die Wahrung der öffentlichen Ordnung steht den schweizerischen Behörden nur auf schweizerischem Gebiete zu. Wenn daher die Israeliten der Schweiz auf ausländischem Gebiet nach ihrem Ritus schlachten lassen und das so geschlachtete Fleisch in die Schweiz einführen, begehen sie keine Verletzung der B. V. So entschieden: B. R. B. vom 1. Juni 1898 (B. Bl. 1898, III, 705; 1899, I, 383; vgl. B. Bl. 1898, I, 359; *Salis*, V, Nr. 2123; *Hilty*, Polit. Jahrb. XII, 408);

2. dass das Schächten nur dann verboten ist, wenn es in der Öffentlichkeit oder berufsmässig geschieht. Der Bauer, der in seinen vier Wänden eine Geiss tötet, ohne sie vor dem Blutentzug betäubt zu haben, handelt nicht verfassungswidrig. Die Polizeigewalt hört in der Regel an der Grenze der Privatwohnung auf, und in diesem Gebiet begangene Handlungen, deren Wirkungen nicht darüber hinausgehen, sind nicht als Polizeivergehen anzusehen[1]).

Der Bund wäre kompetent, ein Ausführungsgesetz zu erlassen, in welchem das verfassungsrechtliche Verbot näher ausgeführt wäre, während positive Vorschriften über die Art, wie geschlachtet werden soll, in die Zuständigkeit der Kantone gehören[2]). Ein Bundesgesetz über den bezeichneten Gegenstand wird sich aber kaum als notwendig herausstellen.

Art. 26.

Die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist Bundessache.

I. Geschichte[3]).

Wie bereits bei Art. 23 bemerkt wurde, hatte Art. 21 der 1848er Verfassung dem Bunde die Kompetenz verliehen, die Eisenbahnen selber zu bauen. Der Bund machte aber von seiner Kompetenz keinen Gebrauch und überliess durch Gesetz vom 28. Juli 1852 (A. S. III, 170) den Bau der Eisenbahnen der Privatinitiative und die Konzessionshoheit im wesentlichen den Kantonen. Als die B. Vers. im Jahre 1870 die Verfassungsrevision unternahm, war die Frage, ob Staatsbau oder Privatbau, zu gunsten des letzteren entschieden; es handelte sich nur darum, ob die Konzessionen vom Bund oder, wie bisher, von den Kantonen erteilt werden sollten. Der B. R. hatte darüber keinen Vorschlag gemacht; dagegen beantragte die staatswirtschaftliche Sektion der N. R. K. (Prot. S. 52) die Aufnahme folgender Bestimmung:

---

[1]) Vgl. *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 259.

[2]) A. A. ist der B. R. in seinem Bericht vom 16. Nov. 1894 über die Petition des Zentralkomitees der schweiz. Tierschutzvereine, B. Bl. 1894, III, 965, aber mangels richtiger Begrenzung der Bundeskompetenz. – Über die Ausführung der Bestimmung s. *Salis*, V, Nr. 2121, 2123; *Zeitschr.* 1895, XIV, 436 (kant. Ausführungsverordnungen).

[3]) Vgl. *Blumer-Morel*, II, 36, 12; *Furrers* Lexikon, I, 525; Suppl. Bd. 110; *Reichesbergs* Handbuch, Art. „Eisenbahnwesen“ von *Volmar*, I, 864; *Herold*, Der Schweizerische Bund und das Eisenbahnwesen, Stuttgart u. Berlin 1902; *Raynaud*, Nationalisation des chemins de fer suisses, Thèse, Paris 1901.

«Die Gesetzgebung und die staatliche Aufsicht über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen ist Bundessache. — Der Bund ist ausschliesslich befugt, Konzessionen für den Bau und Betrieb neuer Eisenbahnen zu erteilen. Er tritt in die Rechtsstellung ein, welche bisher den Kantonen hinsichtlich auf ihrem Gebiete befindlicher Privatbahnen zukam, und er setzt sich den bestehenden kantonalen Staatsbahnen gegenüber in ein entsprechendes Verhältnis.»

Gegen die Übertragung der Konzessionshoheit an den Bund wurde geltend gemacht, die lokalen Interessen fänden dabei keine genügende Berücksichtigung. Es wurde die Teilung der Befugnis zwischen Bund und Kantonen beantragt, entweder derart, dass den Kantonen ein Mitwirkungsrecht bei der Erteilung der Konzession zugestanden würde, oder dass der Bund das Gesetzgebungs- und Aufsichtsrecht nur zur Wahrung der militärischen und allgemeinen Verkehrsinteressen auszuüben hätte. In der Abstimmung wurde aber der 1. Abs. mit unbedeutender Änderung («Die Gesetzgebung und die *Ober*aufsicht . . .») beibehalten und Abs. 2 gestrichen; in zweiter Lesung erhielt die Bestimmung auf Antrag *Suter* die heutige Fassung (Prot. S. 215).

In der St. R. K. bekämpfte der Referent die Übertragung der Gesetzgebung und damit des Konzessionsrechtes auf den Bund, weil die Subventionen leichter fliessen werden, wenn die Kantone kompetent blieben und weil den Kantonen ihre Befugnisse in bezug auf die bereits bestehenden Eisenbahnen ohne Ungerechtigkeit nicht entzogen werden können und zwischen bestehenden und noch zu erstellenden Linien praktischerweise nicht zu unterscheiden sei; die Entziehung dieser Kompetenz wäre eine „Enthauptung der kantonalen Souveränität». Wogegen mit Recht eingewendet wurde, der Bund hätte schon unter der damaligen Verfassung die Eisenbahnkonzessionen selber erteilen können [1]; infolge der Zersplitterung der Verwaltung werden die Kantone fortwährend gegenüber den Gesellschaften in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen. Die St. R. K. gab der Bestimmung eine ähnliche Fassung wie Abs. 1 der staatswirtschaftlichen Sektion der N. R. K.: «Die Oberaufsicht über die Eisenbahnen, sowie die Gesetzgebung über den Bau und Betrieb derselben ist Bundessache [2].» Der N. R. stimmte seiner Kommission zu [3], der St. R. der seinigen, schloss sich aber dann dem N. R. an [4]. Nachdem der Verfassungsentwurf vom Volke verworfen worden war, übertrug in der Tat die B. Vers. die Konzessionshoheit auf den Bund auf dem Gesetzgebungswege durch Bundesgesetz vom 23. Dez. 1872.

Es wurde daher bei der wieder aufgenommenen Verfassungsrevision im Jahre 1873 bezweifelt, ob die neue Verfassungsbestimmung nach Annahme des Eisenbahngesetzes noch nötig sei; sie wurde dennoch beibehalten, weil die Kompetenz des Bundes zum Erlasse jenes Gesetzes vielfach beanstandet worden sei.

II. Auslegung.

1. Wenn Art. 26 die *Gesetzgebung* über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen als Bundessache erklärt, so ist der Gegensatz nicht Gesetz-

[1]) Gleicher Ansicht: Botschaft des B. R. zum Gesetz vom 23. Dez. 1872, B. Bl. 1871, II, 649.
[2]) Prot. S. 85 ff., 25 f.
[3]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 98, 529, 572, 575.
[4]) Prot. des St. R. 18. Januar und 26. Februar 1872.

gebung und Verordnung oder Ausführung, sondern Gesetzgebung des Bundes und Gesetzgebung der Kantone; den Kantonen sollte daher nicht etwa, wie in anderen Gebieten, die Ausführung vorbehalten werden (vgl. Art. 20, 24, 25, 28), sondern der Bund soll mit der höheren Befugnis der Gesetzgebung auch die niedere der Ausführung haben; wenn nicht wie beim Zollwesen (Art. 28 B. V.) gesagt wurde: das Eisenbahnwesen ist Bundessache, so erklärt sich dies einerseits aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, anderseits daraus, dass man den Bau und Betrieb der Eisenbahnen von Bundes wegen nicht zum zwingenden Grundsatz erheben wollte. Die Kompetenz des Bundes ist aber gegenüber den Kantonen dieselbe, als wenn die Fassung von Art. 28 gewählt worden wäre. Dass der Bund auch das Recht besitze, die Eisenbahnen selbst zu bauen und zu betreiben, wurde schon bei Art. 23 bemerkt[1]. Hier ist nur vom Inhalt des Art. 26 die Rede.

2. Der Begriff der *Eisenbahn* umfasst nach der Gesetzgebung und Praxis auch die Verbindungsgeleise mit gewerblichen Anstalten, die Strassenbahnen und Tramways, die Bergbahnen und Drahtseilbahnen. Nicht als Eisenbahnen wurden erklärt ein vertikaler Drahtseilaufzug und eine schwebende Drahtseilbahn in Bern[2].

Was die *Verbindungsgeleise* betrifft, so betrachtete sie der B. R. vor dem Gesetze vom 19. Dez. 1874 über die Rechtsverhältnisse der Verbindungsgeleise zwischen dem schweizerischen Eisenbahnnetz und gewerblichen Anstalten (A. S. I, 488) als reine Privatanlagen; sie bedurften der Bundesgenehmigung nicht und konnten das eidg. Expropriationsrecht nicht beanspruchen, weil sie dem öffentlichen Verkehr nicht dienten, auch wenn sie fremden Boden in Anspruch nahmen. Anlässlich des Konzessionsbegehrens des Verbindungsgeleises Gisikon-Perlen sprach sich der B. R. dahin aus, nach dem Gesetz vom 23. Dezember 1872 über den Bau und Betrieb der Eisenbahnen seien alle Bahnen konzessionspflichtig, die fremden Grund und Boden benützen oder an das allgemeine Eisenbahnnetz anschliessen, wogegen sie auch das Expropriationsrecht geniessen, mit der Verpflichtung allerdings, bei eintretendem Bedürfnis auf Verlangen des B. R. die Bahn dem öffentlichem Betrieb zu übergeben und anderen Interessenten gegen Entschädigung die Mitbenützung der Bahn zu gestatten. Die Bahn werde dadurch so weit öffentlich, als nach den jeweiligen Lokalverhältnissen ein Bedürfnis vorhanden sei. Botschaft vom 12. Sept. 1873 (B. Bl. 1873, III, 722). Die Räte hatten aber Bedenken gegen die Anwendung des Expropriationsgesetzes auf solche Werke, und forderten den B. R. auf, über die Stellung des Bundes zu der Anbringung von Verbindungsgeleisen Vorschläge zu machen. Der B. R. unterbreitete mit Botschaft vom 29. Sept. 1874 den Entwurf zum Gesetze vom 19. Dez. 1874 (B. Bl. 1874, III, 137), der in den Beratungen keine wesentlichen Veränderungen erlitt. Nach diesem Gesetz sind Verbindungsgeleise nicht konzessionspflichtig, sie stehen aber bezüglich des Baues und des Betriebes unter der technischen Kontrolle

[1] Vgl. die Botschaften des B. R. zum Ankauf der Zentralbahnaktien vom 15. Mai 1891 und zum Rückkauf vom 25. März 1897, B. Bl. 1891, II, 841; B. Bl. 1897, II, 343; *Salis* (2. Aufl.), I, Nr. 23.

[2] B. Bl. 1889, II, 156; vgl. B. R. B. vom 14. Okt. 1902 betr. Kontrolle der Luftseilbahnen etc., A. S. XIX, 279; *Hürlimann*, Die eidg. Eisenbahngesetzgebung, Zürich 1887, zu Art. 1 des Eisenbahngesetzes von 1872.

des B. R., und die dem öffentlichen Betrieb dienenden Bahnen sind verpflichtet, den Anschluss zu gestatten; die Eigentümer von Verbindungsgeleisen sind ihrerseits verpflichtet, anderen neben- oder hinterliegenden gewerblichen Anstalten den Anschluss zu gestatten; das Expropriationsrecht können sie nur nach Massgabe des kantonalen Rechts beanspruchen. Der Eigentümer untersteht dem Haftpflichtrecht der Eisenbahnen.

Die Frage, ob *Strassenbahnen*[1]) als Eisenbahnen zu betrachten, und namentlich, ob sie konzessionspflichtig seien, erhob sich zuerst beim Konzessionsgesuch der Pferdebahn Genf-Carouge im Jahre 1862; der Bund wollte die Bahn konzessionspflichtig erklären und die B. Vers. genehmigte auch die Konzession, lud aber zugleich den B. R. ein, über die Frage der Anwendung der Eisenbahngesetzgebung auf Pferdebahnen Bericht zu erstatten (B. Bl. 1862, II, 701 ff.; A. S. VII, 311, 416; vgl. die Motive der Majorität der St. R. K., B. Bl. 1862, III, 196); die Minderheit erblickte in den Pferdebahnen nur ein verbessertes Strassensystem und wollte sie nur den Postkonzessionen unterwerfen (vgl. Bericht der N. R. K., B. Bl. 1862, III, 200). Die Konzessionspflicht wurde ebenfalls ausgesprochen im Fälle der Pferdebahn Bözingen-Biel-Nidau (B. Bl. 1875, III, 630 ff.) und endgültig auch bezüglich blosser Stadtbahnen im Falle der Zürcher Strassenbahnen, wo die kantonale Regierung zuerst den Kompetenzkonflikt erhob, sich dann aber mit der Bundesbehörde verständigte (B. Bl. 1878, II, 10; 1879, I, 260). Die weitere Frage, inwiefern die Strassenbahnen der eidg. Eisenbahngesetzgebung unterstellt seien, wurde nie klar beantwortet. In seiner Botschaft vom 28. Juni 1875 sprach sich der B. R. dahin aus, die Bestimmungen über Bestellung von Pfandrechten, Anbringung von Telephondrähten und einige andere über den Betrieb seien auf Pferdebahnen nicht anwendbar und die Rückkaufsklausel zu gunsten des Bundes sei in die Konzession nicht aufzunehmen (B. Bl. 1875, III, 630 ff.). In der Folge wurde aber in die Konzessionen von Strassenbahnen nur die unbestimmte Klausel aufgenommen, dass sie den Bundesgesetzen über Eisenbahnen unterstellt seien, soweit solche auf Strassenbahnen Anwendung finden oder dgl.[2]).

Das Verhältnis der Eisenbahnhoheit des Bundes zur Strassenhoheit des Kantons führt richtig aufgefasst dazu, dass der Unternehmer, der eine Eisenbahn auf einer Strasse bauen will, sowohl einer Konzession des Bundes als einer solchen von Kanton oder Gemeinde bedarf, und dass diese unabhängig von jener verweigert oder an beliebige erschwerende Bedingungen geknüpft werden darf. Denn entweder kann die Eisenbahn, mit mehr Kosten, auch neben der Strasse angelegt werden, dann liegt in der Verweigerung der Strasse keine Beeinträchtigung der Eisenbahnhoheit des Bundes, oder die Bahn muss die Strasse in Anspruch nehmen, wie im Innern der Städte, dann dient sie nur dem Strassenverkehr, einem

---

[1]) Vgl. *Oskar Huber,* Die Konzessionserteilung für Strasseneisenbahn- und Tramwayunternehmungen, Zürch. Diss. 1889; *Blumer-Morel,* II, 100 ff.

[2]) B. Bl. 1881, III, 51; 1883, II, 317; vgl. 1880, II, 319. *Hürlimann,* Die eidg. Eisenbahngesetzgebung, Zürich 1887, zu Art. 1 des Gesetzes von 1872. Die Verpfändung von Strassenbahnen wurde noch als unzulässig erklärt. E. A. S. (N. F.) III, 202, 209; V, 83, 159, 280; vgl. auch die kantonale Zürcherkonzession, E. A. S. VII, 83. Es kamen aber trotzdem Verpfändungen vor, z. B. B. Bl. 1875, III, 669; 1880, III, 426; nach den meisten Konzessionen sind nicht bloss Kantone und Gemeinden, sondern auch der Bund rückkaufsberechtigt; vgl. *Huber,* a. a. O, S. 74, 81.

Interesse, das der Kanton zu vertreten hat. Das Gleiche wäre zu sagen, wenn der Bund selber solche Strassenbahnen bauen wollte; um so mehr trifft es zu, wenn er dies der Privatinitiative überlässt. Der B. R. hat denn auch bald die Regel befolgt, dass die Bewerber um Strassenbahnkonzessionen sich zuerst mit den kantonalen Behörden über die Benutzung der Strasse verständigt haben müssen (B. Bl. 1879, I, 260—261; 1878, III, 441; vgl. 1882, I, 134; IV, 26. Kreisschreiben des Eisenbahndepartements vom 5. März 1887, E. A. S. (N. F.) IX, 231, und Geschäftsberichte des Eisenbahndepartements: B. Bl. 1888, II, 858; 1891, II, 390; 1892, II, 620; 1894, I, 644, 645 etc.).

Es ist daher m. E. unrichtig, wenn sich der B. R. ein Entscheidungsrecht vorbehält über Anstände zwischen dem Konzessionsbewerber und den kantonalen Behörden betr. Benützung der Strasse[1]) oder dem Konzessionsbewerber das Expropriationsrecht zuspricht[2]). Anders verhält es sich bei den gewöhnlichen Eisenbahnen: stört oder unterbricht, die Anlage einer neuen Eisenbahn den Verkehr auf einer öffentlichen Strasse, so ist die Eisenbahnunternehmung zur Ausführung anderer Bauten verpflichtet, welche zur Erhaltung ungestörter Kommunikationen notwendig werden: Art. 6 des Bundesgesetzes betr. die Verbindlichkeit zur Abtretung von Privatrechten, vom 1. Mai 1850; vgl. Art. 14 des Eisenbahngesetzes von 1872. Der Grundsatz ist also, dass die Eisenbahn gebaut werden kann, auch wenn sie den Strassenverkehr stört, dass aber die Störung so gering wie möglich sein soll. Diese unbedingte Bevorzugung jedes auf privater und vielleicht verfehlter Spekulation beruhenden Eisenbähnleins vor der öffentlichen Strasse geht m. E. zu weit[3]). Handelt es sich um Erstellung von Zufahrtsstrassen zu einem neuerstellten Bahnhof, so ist die Bahn nach Art. 14 des Eisenbahngesetzes und bundesrätlicher Praxis wenigstens zur Erstellung einer Zufahrtsstrasse verpflichtet. Die kantonalen Strassengesetze finden daneben nicht Anwendung[4]). Durch Genehmigung oder Nichtgenehmigung der Baupläne entscheidet der B. R. zugleich über das Interesse des Strassenverkehrs[5]).

3. Indem die Verfassung die *Eisenbahngesetzgebung*[6]) als Bundessache erklärte, stellte sie keine genaue Grenze dieser Gesetzgebungsbefugnis auf; Sinn der Verfassung ist wohl, dass diejenigen Rechtsverhältnisse der Eisenbahnen, die einer besonderen Regelung bedürfen, in den Bereich der Bundesgesetzgebung fallen, und dass der Bund darüber entscheide, ob ein solches Bedürfnis vorliegt. Formell ist er daher kompetent, die Eisenbahnen unter Berufung auf ihre eigentümliche Natur in

---

[1]) Vgl. *Hürlimann*, S. 2 zu Art. 1. E. A. S. (N. F.) III, 200; 207; V, 156, 157.

[2]) E. A. S. (N. F.) V, 275; B. Bl. 1879, III, 1162. *Huber*, a. a. O., S. 120, nimmt auch die Zulässigkeit einer Expropriation, nach eidg. Recht, des Kantons oder der Gemeinde als *Eigentümer* der Strasse an; das privatrechtliche Eigentum ist aber hier nicht allein in Frage. Er will die Tramways, im Gegensatz zu den Strassenbahnen, nur der Postkonzession pflichtig erklären (S. 139).

[3]) *Blumer-Morel*, II, 174.

[4]) *Hürlimann*, a. a. O. zu Art. 14, Anm. 7 u. 8.

[5]) Vgl. B. Bl. 1901. IV, 1202, und 1902, III, 871. *G. de Weiss*, De l'expropriation pour cause d'utilité publique.

[6]) *Oetiker*, Die Eisenbahngesetzgebung des Bundes, im Auftrage des Eidg. Post- u. Eisenbahndepartements, Bern 1902.

allen Beziehungen unter besondere Rechtsnormen zu stellen; dem Geiste der Verfassung entspricht es aber auch hier besser, wenn er nicht so ausschliesslich vorgeht, sondern auf die anderen, vom kantonalen Gesetzgeber zu schützenden Interessen, die von denjenigen des Eisenbahnverkehrs oft unzertrennbar sind, billige Rücksicht nimmt.

Auf dem Gebiete des *Privatrechts* ist der Bund heute durch keine solchen Rücksichten mehr gehemmt, da ihm Art. 64 B. V. die volle Gesetzgebungskompetenz zuspricht. Zur Regelung der *Haftpflicht* der Eisenbahnen als eines Teils des Obligationenrechts war der Bund übrigens schon seit 1874 kompetent. Zur Regelung der *Verpfändung* und Zwangsliquidation der Eisenbahnen war er im Jahre 1874 deshalb kompetent, weil diese Materie eine besondere und eine einheitliche Regelung forderte[1]). Die gleiche Erwägung kann für den *strafrechtlichen* Schutz der Eisenbahnen durch das B. St. R. vom 4. Februar 1853, Art. 67, revidiert durch B. B. vom 5. Juni 1902 (A. S. XIX, 253) und Art. 68, geltend gemacht werden.

Bezüglich der *Bahnpolizei* konnte deshalb auch 1878 dem Bunde die Kompetenz nicht bestritten werden, zu bestimmen, welche Handlungen als polizeiwidrig zu betrachten und wie sie zu bestrafen seien. Fraglicher kann es scheinen, ob er auch das Verfahren zur Feststellung und Bestrafung der Übertretungen ordnen könne. Nach Art. 31 und 32 des Bundesgesetzes vom 23. Dez. 1872 sollte die Bundesgesetzgebung die nötigen Bestimmungen gegen Überschreitung bahnpolizeilicher Vorschriften aufstellen, wobei auch das in solchen Fällen einzuhaltende Verfahren näher zu ordnen sei. «Die Handhabung der Bahnpolizei liegt zunächst den Gesellschaften ob. Dabei bleiben jedoch der kantonalen Polizei die mit der Ausübung ihres Aufsichtsrechts verbundenen Befugnisse in vollem Umfange vorbehalten[2])». Das Gesetz vom 18. Febr. 1878 betreffend Handhabung der Bahnpolizei (A. S. III, 422) setzt nun demgemäss für alle Übertretungen das Strafmass fest, für einige auch den Tatbestand, dessen Feststellung für andere den besonderen Reglementen der Bahngesellschaften vorbehalten wird; das Gesetz überträgt den Bahngesellschaften, an deren Stelle heute z. T. die Verwaltung der Bundesbahnen getreten ist, die Ausübung der Bahnpolizei, d. h. die präventive Kontrolle der Beobachtung der Polizeivorschriften und die Konstatierung der Übertretungen, während sich das Strafverfahren nach den kantonalen Vorschriften richtet. Dass letzteres zweckmässig und der Natur des Eisenbahnverkehrs entsprechend wäre, kann nicht behauptet werden; man denke nur an die Bestimmung des Gerichtsstandes des Begehungsortes. Der Bund hätte guten Grund und deshalb nach Art. 26 B. V. auch volle Kompetenz, hier vom kantonalen Recht abweichende besondere Prozess- und Gerichtsverfassungsnormen aufzustellen.

---

[1]) Vgl. Botschaft des B. R. vom 7. Juli 1873, B. Bl. 1873, III. 28. Im übrigen stehen die Eisenbahnen mit ihrem Grundeigentum unter dem gemeinen Recht, namentlich auch in nachbarrechtlicher Beziehung; wollen die Bahnen andere Befugnisse gegenüber ihren Nachbarn als die jedem Eigentümer zustehenden in Anspruch nehmen, so müssen sie auf dem Wege der Expropriation vorgehen.

[2]) Die Kantone Bern und Aargau erhoben auf Grund dieser Bestimmungen mit Recht dagegen Einspruch, dass es den Bahngesellschaften überlassen werde, die Strafen der Polizeiübertretungen selber festzustellen. Vgl. Botschaft vom 3. Dez. 1877, B. Bl. 1877, IV, 677.

Das Bahnpolizeigesetz regelt einzig die Pflichten des Publikums gegenüber der Bahn; die Pflichten der Bahn in bezug auf *Sicherheit des Verkehrs* sind ebenfalls bundesrechtlich, aber anderswo, normiert, Art. 67 neu und 68 des B. St. R. und Art. 16 des Gesetzes vom 23. Dez. 1872; der Bund übt die Aufsicht über deren Befolgung aus[1]). Die kantonale Sicherheitspolizei findet daneben keine Anwendung.

Schwieriger ist es, die Grenze zwischen der Eisenbahngesetzgebung des Bundes und der *Verwaltungspolizei* der Kantone zu ziehen; der Bund erkannte die kantonale Bau-, Feuer- und Gesundheitspolizei bei Errichtung von Hochbauten der Bahnen früher nicht an[2]); im Rekursfalle der Regierung von Zürich betr. die Erweiterung des Bahnhofes Dietlikon (N. O. B.) beschloss der B. R. am 11. Okt. 1895, er habe nach Art. 14 des Eisenbahngesetzes von 1872 die Baupläne nach allen, nicht nur eisenbahntechnischen Gesichtspunkten zu prüfen und endgültig zu genehmigen; dagegen können die Kantone in ihren Vernehmlassungen Einsprache erheben gegen die Verletzung ihrer Polizeivorschriften und der B. R. werde ihnen Rechnung tragen, «soweit dies mit dem Zweck, der bei Erstellung der projektierten Eisenbahnbauten verfolgt wird, vereinbar ist» (B. Bl. 1895, III, 957, und Kreisschreiben des B. R. vom 15. Juni 1901, E. A. S. XVII, 74). Das einheitliche Verfahren zur Genehmigung der Baupläne rechtfertigt sich gewiss; dagegen gibt Art. 26 der B.V. dem Bund keineswegs das Recht, über solche kantonale Vorschriften einfach hinwegzuschreiten, wie es der neueste B. R. B. vom 9. Juni 1904 i. S. des Zürcher Stadtrates und Regierungsrates mit apodiktischer Begründung beansprucht (B. Bl. 1904, IV, 575). In welchem Masse die kantonalen polizeilichen Interessen im einzelnen Falle berücksichtigt werden können und sollen, lässt sich freilich nicht durch eine gewissermassen mechanisch anwendbare Formel bestimmen, sondern nur abwägen. Sicher ist aber, dass die kantonalen Vorschriften nicht deshalb ausser acht gelassen werden dürfen, weil sie eine finanzielle Belastung des Bahnunternehmers zur Folge haben.

Auch auf dem Gebiet der Wirtschaftspolizei kann die Eisenbahnhoheit des Bundes mit den kantonalen Kompetenzen in Konflikt kommen, und auch hier kann nur durch ein billiges Abwägen der gegenüberstehenden Interessen die richtige Lösung gefunden werden; es ist nicht gesagt, dass, weil der Eisenbahnbetrieb Sache der Bundesgesetzgebung oder des Bundes ist und die Wirtschaftspolizei Sache der Kantone, der erste zu gunsten der zweiten keine Einschränkung dulden dürfe. Der B. R. B. vom 16. März 1903 i. S. S. B. B. betr. Schliessung der Bahnwirtschaft Bern (B. Bl. 1903, I, 1069) ist in dieser Beziehung zu schroff; vgl. B. R. B. vom 14. Juli 1898 i. S. Damian Lang (B. Bl. 1898, IV, 45, 572; 1890, I, 815) und vom 28. Januar 1898 i. S. Gotthardbahn und Int. Schlafwagengesellschaft (B. Bl. 1898, I, 182 (Speisewagen). B. Ger. XXIV, I, 185. *Salis*, II, Nr. 943, 945). Konflikt zwischen dem bundesrätlich genehmigten Transportreglement und einer kantonalen Polizeiordnung betr. Sonn- und Feiertagsruhe: B. Bl. 1901, IV, 367.

---

[1]) Vgl. z. B. B. Bl. 1901, IV, 1240.

[2]) *Hürlimann*, S. 11, zu Art. 11, Anm. 3, B. Bl. 1875, III, 108; 1877, II, 190; 1878, II, 8; 1882, II, 432. *Weibel*, Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung u. Rechtspflege, V, 342.

Art. 27.

Der Bund ist befugt, ausser der bestehenden polytechnischen Schule eine Universität und andere höhere Unterrichtsanstalten *zu* errichten und solche Anstalten *zu* unterstützen.

Die Kantone sorgen für genügenden Primarunterricht, welcher ausschliesslich unter staatlicher Leitung stehen soll. Derselbe ist obligatorisch und in den öffentlichen Schulen unentgeltlich.

Die öffentlichen Schulen sollen von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden können.

Gegen Kantone, welche diesen Verpflichtungen *nicht* nachkommen, wird der Bund die nötigen Verfügungen treffen.

I. Geschichte.

Weder die *Mediationsakte* noch der *Bundesvertrag von 1815* befassten sich mit dem öffentlichen Unterricht; auch die Entwürfe von 1832 und 1833 sagen nichts darüber. In der *Revisionskommission* von 1848 wurde die Errichtung einer schweizerischen Hochschule und eines Lehrerseminars diskutiert, und in erster Beratung beschlossen, es sei eine Universität, in zweiter Beratung, es seien auch technische Anstalten und Lehrerseminarien auf dem Konkordatswege anzustreben; schliesslich wurde der Grundsatz angenommen: Art. 22. «Die Eidgenossenschaft wird für Errichtung einer schweizerischen Universität, einer polytechnischen Schule und für Lehrerseminarien sorgen [1].»

In der Tagsatzung selbst wurden gegen den Gedanken einer schweiz. Universität angeführt: die grossen Kosten, die Sprach- und Konfessionsverschiedenheit, der Mangel eines Bedürfnisses und sogar der Vorteil des Besuches fremder Universitäten. Eine Anzahl Stände wollte die Gründung der Universität auf dem Konkordatswege erreichen. Die Lehrerseminarien vorab erlitten vielfache Anfechtung, während einige Stände dem Bund auch das Recht geben wollten, landwirtschaftliche Schulen zu errichten. In der Abstimmung erhielt die schweizerische Universität 12, die polytechnische Schule 14 Stimmen; die Lehrerseminarien und die landwirtschaftlichen Schulen blieben mit 7 und 4 Stimmen in Minderheit. Art. 22 der B. V. von 1848 lautete demnach: «Der Bund ist befugt, eine Universität und eine polytechnische Schule zu errichten [2].»

[1]) Prot. S. 31, 165, 196.
[2]) Absch. 1847, IV, S. 185, 252.

Im *Jahre 1871* schlug die politische Sektion der N. R. K. vor, im Art. 22 anzufügen: «und *andere höhere Unterrichtsanstalten* zu errichten», was auch angenommen wurde[1]).

In der St. R. K. wurde das Bedürfnis nach Seminarien, namentlich auch für Mittelschullehrer, betont, sowie die Errichtung von Handels- und Kunstschulen angeregt. Die Kommission schloss sich aber dem Antrag der N. R. K. an. Der Vorschlag von *Borel:* «Alle Kantone sind verpflichtet, für obligatorischen und unentgeltlichen Volksschulunterricht zu sorgen. — In den öffentlichen Schulen darf der allgemeine Unterricht, mit Ausschluss des Religionsunterrichts, ausschliesslich nur Personen weltlichen Standes übertragen werden,» blieb in Minderheit[2]).

In den Räten wurde aber wieder der Volksschule gedacht. Die Minderheit der N. R. K. stellte den Antrag: «Der Unterricht der Primarschule ist obligatorisch und unentgeltlich. Geistlichen Orden darf derselbe nicht übertragen werden. — Der Bund kann über das Minimum der Anforderung an die Primarschule gesetzliche Bestimmungen erlassen.»

Über den Grundsatz des obligatorischen Unterrichts war man ziemlich allgemein einverstanden; die Unentgeltlichkeit wurde als Folge des Obligatoriums hingestellt. Beides wurde bekämpft als unnötig, weil in den meisten Kantonen schon verwirklicht oder der Verwirklichung nahe. (Die Primarschulen waren überall, ausser in Genf, obligatorisch und in 12 Ständen unentgeltlich, in 7 entgeltlich und in 3 war es den Gemeinden anheimgestellt.) Die Diskussion verbreitete sich hauptsächlich über die Frage des konfessionellen Unterrichts und das Recht des Bundes, den Kantonen ein Minimum von Leistungen vorzuschreiben. In erster Beziehung wurde der Antrag gestellt, weltlichen Unterricht zu verlangen, nämlich konfessionslosen dem Inhalte und dem Unterrichtspersonal nach (Ausschluss aller Geistlichen). *Dagegen* wurde geltend gemacht, es finden sich bei Katholiken wie Protestanten viele gebildete und wahrhaft aufgeklärte Geistliche, die sich der Schule mit Wärme annehmen und deren Ausschluss der Schule nur zum Nachteil gereichen würde. In zweiter Beziehung wurde namentlich das Interesse eines demokratisch organisierten Staates, gebildete Bürger und Rekruten zu erhalten, hervorgehoben; *wogegen* bemerkt wurde, eine solch dehnbare Bestimmung würde unfehlbar zur Bevormundung der Schule durch den Bund führen und zur Lähmung des selbsttätigen Interesses und des guten Willens der Einzelnen durch Reglementiererei von oben. Die Unzulänglichkeit des Primarunterrichts komme nicht sowohl vom Mangel an Verständnis als an Geldmitteln; um hier zu helfen, werde dem Bunde schliesslich nichts anderes übrig bleiben, als werktätig einzugreifen und der vorhandenen Unzulänglichkeit mit Bundesmitteln an die Hand zu gehen. Bundespräsident *Schenk* beantragte nun folgenden Zusatz: «Der Bund wird, in einer vom Gesetze näher zu bestimmenden Weise, die Volksschule unterstützen.»

Zum Minderheitsantrag wurde des fernern bemerkt, wenn man befürchte, dem Bund das Recht zu geben, allgemeine Bestimmungen zu treffen, so könnte man das 2. Alinea streichen und der B. Vers. das Recht

---

[1]) Prot. der N. R. K., S. 72, 215

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 92—95.

übertragen, in jedem speziellen Fall einzuschreiten, wenn der Primarunterricht in einem Kanton erwiesenermassen ungenügend sei.

In der Abstimmung wurden u. a. die Anträge, die geistlichen Orden vom öffentlichen Unterricht und, wie beantragt worden war, vom Privatunterricht auszuschliessen und die Volksschule von Bundes wegen zu unterstützen, abgelehnt; in zweiter Beratung auch der Antrag der Kommissionsminderheit betr. gesetzliche Bestimmungen über die Minimalanforderungen und die Anträge betr. konfessionslosen Unterricht *(Schäppi)* und betr. Ausschluss geistiger Orden.

Der Artikel lautete nun:

«Der Bund ist befugt, eine Universität, eine polytechnische Schule und andere höhere Unterrichtsanstalten zu errichten. — Die Kantone sorgen für obligatorischen und unentgeltlichen Primarunterricht. — Der Bund kann über das Minimum der Anforderung an die Primarschule gesetzliche Bestimmungen erlassen.»

Endlich wurde die transitorische Bestimmung beigefügt: «Den Kantonen wird zur Einführung der Unentgeltlichkeit des öffentlichen Primarunterrichts eine Frist von 5 Jahren eingeräumt[1].»

Im Entwurfe vom 4. Juli 1873 schlug der B. R. anstatt der zwei letzten Absätze folgenden vor: «Die Kantone sorgen für den Primarunterricht. Derselbe ist obligatorisch und unentgeltlich.» — Der deutsche Text sei redaktionell geändert worden, damit klar hervortrete, dass die Sorge für den Primarunterricht als eine von dem Bunde auferlegte Pflicht zu betrachten sei; dagegen habe es nicht nötig geschienen, in der Verfassung zu sagen, in welcher Form das entsprechende Recht der Eidgenossenschaft auszuüben sei, und von vornherein zu bestimmen, dass durch Bundesgesetz das Minimum der Anforderungen an die Primarschule gestellt werden müsse. In den seltenen Fällen, wo ein Einschreiten des Bundes geboten sein werde, werde dies ohne Anleitung einer Gesetzgebung geschehen können.

Endlich hiess es in Art. 48, Abs. 2, seines Entwurfes: «Niemand darf zur Teilnahme .... an einem religiösen Unterricht .... gezwungen werden.»

Die N. R. K. fügte dem 1. Abs. die Worte bei: «oder deren Errichtung zu unterstützen»; dem 2. Absatz: «und darf nicht Personen übertragen werden, welche einem geistlichen Orden angehören». Endlich wurde der dritte Absatz in folgender Fassung wieder aufgenommen:

«Der Bund kann über das Minimum der Anforderungen an die Primarschule *Vorschriften* erlassen.» Die Aufsicht lasse sich ohne den befürchteten Inspektorenapparat bewerkstelligen, z. B. durch freiwillige Pädagogen; der Bund als Militärbehörde habe ein Interesse daran, dass die Mannschaft einen genügenden Unterricht erhalte[2].

In der St. R. K. wurde, in bezug auf den weltlichen Charakter des Primarunterrichts, vorgeschlagen, es sei der Religionsunterricht von den übrigen Lehrgegenständen getrennt zu erteilen, von anderer Seite, er dürfe nicht unter konfessioneller Leitung stehen. Die Kom. entschied sich

[1] Prot. des N. R. 1871/72, S. 98, 266 ff., 351, 354 ff., 520, 572, 577, 589, 604. Prot. des St. R. 19. Januar, 26. u. 29. Februar 1872.

[2] Prot. der N. R. K. 1873, S. 10, 62, 65.

zuerst für das Postulat, dass der Primarunterricht ausschliesslich unter staatlicher Leitung stehen solle, unter Beibehaltung des Ausschlusses geistlicher Ordenspersonen; es wurde hierzu bemerkt, man wolle nicht die Geistlichen überhaupt von der Schule ausschliessen, sondern nur den Unterricht unter staatliche Leitung stellen; in zweiter Beratung wurde der Ausschluss der Ordenspersonen wieder gestrichen. Die Gewährleistung der *Lehrfreiheit* unter Vorbehalt der staatlichen Oberaufsicht (Anträge *Schaller* und *Droz*) wurde hier und später auch im N. R. (Anträge *Joly* und *Dubs)* abgelehnt.

Der Antrag, dem 1. Abs. beizufügen, dass der Bund die Verwendung seiner Unterstützungen an höhere Lehranstalten bestimmen und überwachen könne, blieb in Minderheit.

Abs. 2, der allein inhaltlich verändert wurde, lautete daher:

« Die Kantone sorgen für den Primarunterricht, *welcher ausschliesslich unter staatlicher* Leitung stehen soll. Derselbe ist obligatorisch und in den öffentlichen Schulen unentgeltlich [1]. »

Der Berichterstatter der St. R. K. begründete diese Fassung im St. R. damit, nur der Staat könne in seiner Objektivität den allgemeinen Volksunterricht ohne störende fremde Nebenzwecke ordnen und für alle Konfessionen neutral einrichten. Diese Aufgabe sei aber so gross, dass niemand im Staate von der Beihülfe bei ihrer Lösung ausgeschlossen sein solle, auch der Geistliche nicht, als Beauftragter des Staates. Der Kommissionalantrag wurde im St. R. und im N. R. genehmigt.

Das Recht des Bundes, den Kantonen das Minimum der Anforderungen an den Primarunterricht vorzuschreiben, wurde verworfen; der N. R. ersetzte zwar den Passus durch folgenden: « Der Bund ist befugt, über die Anforderungen an die Primarschule, sowie über die Bedingungen, unter welchen jemand in dieser letzteren Unterricht erteilen kann, Vorschriften zu erlassen. » Der St. R. war aber damit nicht einverstanden; dagegen beschloss er nach Antrag von B. R. *Welti*, und, wie dieser im N. R. ausgeführt hatte, materiell übereinstimmend mit dem b. r. Antrag: « Gegen Kantone, welche diesen Verpflichtungen nicht nachkommen, wird der Bund die nötigen Verfügungen treffen », was auch die Zustimmung des N. R. erhielt. Im übrigen ist zu bemerken, dass es der N. R. ablehnte, den Bund zur Errichtung nicht bloss einer, sondern zweier Hochschulen, und ihn ausdrücklich auch zur Gründung von Handwerkerschulen zu ermächtigen.

Im St. R. schlug die Mehrheit der Kommission vor, dem Bund nur das Recht zu geben, eine Universität und andere höhere Unterrichtsanstalten zu errichten, nicht aber zu unterstützen, da die Unterstützung von 6 oder mehr kantonalen Universitäten eine Zersplitterung der Geldmittel ohne irgend welchen Erfolg herbeiführen würde; der St. R. beschloss zunächst auch so, trat aber schliesslich dem N. R. bei, nach Verwerfung eines Antrages, welcher dem Bund die Wahl lassen wollte zwischen Errichtung *einer* eidg. Universität und der Unterstützung zweier kantonalen Universitäten, einer in der welschen und einer in der deutschen Schweiz [2].

---

[1]) Prot. der St. R. K. 1873, S. 10 und 39—40.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873/74. S. 26—49, 92, 178, 242—247, 313—321, 369, 370.

II. Auslegung [1]).

1. Die höheren Unterrichtsanstalten. Nachdem die Verfassung von 1848 dem Bund die Befugnis zur Errichtung einer Universität und einer polytechnischen Schule gegeben hatte, beantragte der B. R. der B. Vers. beides durch Botschaft vom 5. Aug. 1851 (B. Bl. 9851, III, 55 ff.). Die polytechnische Schule kam aber allein zu stande. Das grösste Hindernis für die Errichtung einer Hochschule war wohl der Umstand, dass schon Basel (seit 1460), Zürich (seit 1833) und Bern (seit 1834) Universitäten, Genf und Lausanne Akademien besassen und keiner dieser Kantone auf seine Hochschule verzichten wollte; dazu gesellten sich noch politische, konfessionelle und finanzielle Bedenken [2]). Die B. Vers. lud den B. R. noch einmal ein, durch B. B. vom 23. Dez. 1869, die Frage der Errichtung einer oder mehrerer öffentlicher Unterrichtsanstalten in der französischen Schweiz und die Beibringung der nötigen Mittel in reifliche Erwägung zu ziehen (A. S. X, 12); das Geschäft wurde aber durch wichtigere zurückgedrängt und kam seither nicht mehr auf die Tagesordnung. Seit 1848 haben Neuenburg eine Akademie und Freiburg eine Universität errichtet, und Genf und Lausanne ihre Akademien in Universitäten umgewandelt, so dass die Errichtung einer besonderen Universität des Bundes weniger Aussicht hat als je. Die Frage ist praktisch m. E. nur noch die, ob und in welcher Form der Bund die kantonalen Hochschulen unterstützen wolle [3]).

Der Vorschlag des B. R., eine eidg. polytechnische Schule zu errichten, wurde dagegen durch Gesetz vom 7. Februar 1854 (A. S. IV, 1) ausgeführt. Das Gesetz stellt als Aufgabe der Anstalt hin die Ausbildung von Architekten, Ingenieurs, Mechanikern, Chemikern, Förstern und Lehrern für technische Lehranstalten, und verbindet mit den technischen Lehrfächern philosophische und staatswirtschaftliche, soweit sie als Hülfswissenschaften für höhere technische Ausbildung Anwendung finden [4]). Dieser ursprüngliche Lehrplan wurde ausgedehnt zunächst durch die Einrichtung von einjährigen Vorkursen im Jahre 1859 (Gesetz vom 24. Januar 1859; A. S. VI, 152) und einer landwirtschaftlichen Schule im Jahre 1869, die durch Hinzufügung von Spezialkursen für Kulturtechniker im Jahre 1886 erweitert wurde (B. B. vom 25. Juni 1886; A. S. IX, 272); in Vollziehung von Art. 94 der M. O. vom 13. Nov. 1874 errichtete der B. R. durch Beschluss vom 26. Okt. 1877 (A. S. III, 550) eine Abteilung für militärische Wissenschaften.

Die folgenden Anstalten, die der polytechnischen Schule angefügt wurden, sind wohl wissenschaftlich geführte Anstalten, aber keine Schulen, und der Bund konnte seine Kompetenz zur Errichtung der-

---

1) *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht, II, 158 ff. *Blumer-Morel*, II, 30.

2) Vgl. über die damaligen Verhandlungen *Blumer-Morel*, II, 30.

3) Vgl. *Heusler*, Zur Frage einer eidg. Rechtsschule, Zeitschr. f. schweiz. Recht, X, 1891, 311, und die dort zitierten Gutachten von Wolf, Hilty, Stammler und Menger; *Meili*, a. a. O., S. 547 (Verhandlungen des schweiz. Juristenvereines 1891), und sein besonders erschienenes Gutachten an das schweiz. Departement des Inneren (Zürich 1891). *Blumer-Morel*, II, 10.

4) Vgl. Reglement vom 3. Juli 1854, A. S. IV, 275, revidiert am 14. Juli 1873, XI, 301, und am 3. Juli 1899, A. S. XVII, 333.

selben, so wenig als zur Gründung der von der polytechnischen Schule getrennten *meteorologischen Zentralanstalt*[1]), nicht aus Art. 27 B. V. herleiten: die landwirtschaftliche Versuchsstation, errichtet durch B. B. vom 17. März 1877 (A. S. III, 62), die forstwirtschaftliche Versuchsstation, errichtetet durch B. B. vom 27. März 1885 (A. S. VIII, 154), und die Anstalt zur Prüfung der Festigkeit von Baumaterialien, errichtet durch B. B. vom 3. Dez. 1880 (A. S. V, 263)[2]).

Welches die «anderen höheren Unterrichtsanstalten» sind, die der Bund errichten oder unterstützen kann, bestimmt sich nicht nach dem Lehrgegenstande, sondern nach der wissenschaftlichen Stufe des Unterrichts; es können dies höhere Handels-, Gewerbe-, Kunstgewerbe- oder Kunstschulen sein; auch Lehrerseminarien wurden in den Revisionsverhandlungen auf diese Stufe gestellt[3]).

2. Über die **Mittelschulen,** zwischen Hochschule und Primarschule, sagt Art. 27, abgesehen von Abs. 3, von dem sogleich zu sprechen ist, gar nichts. Den Revisionsverhandlungen in den Jahren 1848 und 1871 bis 1874 kann nicht mit Sicherheit entnommen werden, dass der Bund zur Unterstützung der Mittelschulen wie der Hochschulen kompetent sein sollte.

3. Allen öffentlichen Schulen gemeinsam ist die Vorschrift, dass sie von den Angehörigen aller Bekenntnisse **ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit** sollen besucht werden können[4]).

Die leitende Idee des 3. Abs. von Art. 27 ist, dass der Unterricht (es handelt sich hier wesentlich um Primar- und Sekundarschulen) gegenüber den verschiedenen konfessionellen Meinungen neutral sein kann, auch wenn er von überzeugten Anhängern einer Konfession erteilt wird, sofern er die Religion selbst nicht umfasst, und dass er dann von den Angehörigen aller Bekenntnisse ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit besucht werden kann; beides liesse sich bestreiten (B. Bl. 1880, I, 443. *Salis,* XV, Nr. 2483, S. 603; Nr. 2485, S. 610).

Der Religionsunterricht soll vom übrigen getrennt und fakultativ sein, wie es auch Art. 48, Abs. 2, verlangt. B. R. B. 21. April 1891 i. S. Rosset (B. Bl. 1891, II, 340. *Salis,* III, Nr. 1007).

Privatschulen, auch konfessionelle Privatschulen, sind zulässig, die B.V. garantiert aber die Lehrfreiheit nicht[5]); die Kantone können da-

---

[1]) B. B. vom 23. Dez. 1880, A. S. V, 358; Botschaft vom 23. Nov. 1880, B. Bl. 1880, IV, 389; B.B. vom 27. März 1885; A. S. VIII, 156; die Anstalt wurde schon seit 1863 subventioniert; heute: Bundesgesetz vom 27. Juni 1901; A. S. XVIII, 786. Die Kompetenzfrage wurde weder hier noch bei der Errichtung der oben genannten Anstalten vom B. R. erörtert; vgl. oben Art. 2 B. V.

[2]) Vgl. über die Organisation der polytechnischen Schule und ihrer Annexanstalten den Art. „Polytechnikum" von *Balmer* in *Furrers* Lexikon, II, 578; Suppl. Bd. 285.

[3]) Vgl. *Blumer-Morel,* II, 34.

[4]) B. Ger. III, 706. B. Bl. 1882, II, 765. *Salis,* V, Nr. 2481. Grundsätzlich findet die Vorschrift auch auf den höheren Unterricht Anwendung, aber mit der Abschwächung, dass eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch feindliche Urteile um so weniger stattfindet, als der Schüler dem Lehrer gegenüber in seinem Urteil und seinem persönlichen Verhältnis freier und selbständiger ist. Der Universitätsunterricht setzt auf Seite des Zuhörers die selbständige Beurteilungsfähigkeit der „Meinungen" der Lehrer geradezu voraus, deshalb fordert die B.V. keine Einschränkung der Lehrfreiheit an der Hochschule.

[5]) *Salis,* V, Nr. 2460, 565 (Programm des Departements des Innern); B. Bl. 1880, III, 439; *Salis,* V, Nr. 2486, 2487; I, 219. B. Bl. 1875, III, 952. *N. Droz,* Etudes et portraits politiques, p. 116.

her die Privatschulen ganz untersagen oder sie einschränkenden Bedingungen unterwerfen[1]), nur die Erteilung des Religionsunterrichtes ist frei, zwar nicht kraft Art. 27, aber kraft Art. 49 B. V.[2]).

Was den verfassungswidrigen konfessionellen (oder konfessionsfeindlichen) Charakter der Schule im Sinne von Abs. 3 ausmacht, das ist der Unterricht selber, sein Inhalt und seine Methode, nicht aber die Organisation der Schule[3]).

Eine Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit liegt dann vor, wenn ein Kind, entgegen dem Willen des Inhabers der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt, in religiösen Dingen beeinflusst wird, sei es positiv durch Unterricht oder Anhaltung zu religiösen Handlungen, sei es negativ durch Angriffe auf die religiösen Ansichten des Inhabers der väterlichen Gewalt[4]). Eine solche Beeinträchtigung wurde gefunden in der Erteilung eines Tadels wegen nachlässiger Erfüllung der religiösen Pflichten im Zeugnis einer kantonalen Industrieschule[5]). Dagegen wurde die Pflicht, dem Kadettenkorps beizutreten, als zulässige Einschränkung der Gewissensfreiheit erklärt, und ebenso die Verpflichtung der Eltern, ihre Kinder an religiösen Festtagen, z. B. der Israeliten und Sabbathisten am Samstag, in die Schule zu schicken, und zwar deshalb, weil der militärische Vorunterricht und der eigentliche Schulunterricht bürgerliche Pflichten seien, von denen religiöse Anschauungen nicht befreien[6]). Über den Begriff des religiösen Unterrichts s. unten Art. *49*. Wie es der Entstehungsgeschichte des Art. 27 entspricht, wurde die Verwendung von «Lehrschwestern», d. h. von eigentlichen Ordenspersonen oder von Mitgliedern geistlicher Gesellschaften, die sich dem Unterricht widmen, in der Primarschule nicht beanstandet, sofern der von ihnen erteilte obligatorische Unterricht keine Beeinträchtigung der Glaubens- und Gewissensfreiheit der Kinder involviere[7]).

Endlich hat der B. R. entschieden, öffentliche konfessionelle, d. h. nach Konfessionen getrennte Schulen seien nicht zulässig[8]); mit Recht,

---

[1]) B. R. B. 5. Juni 1884 i. S. Röm.-kath. Gemeinde Baselstadt. B. Bl. 1884, III, 485; 1885, II, 10. *Salis*, XV, Nr. 2485, S. 608.

[2]) *Salis*, V, S. 611, 613.

[3]) Wie die St. R. K. beim Lichtensteiger Rekurs berichtete: B. Bl. 1889, I, 602, *Salis*, V, Nr. 2488, S. 633; im Umstande, dass Lehrer und Schulbehörden einer bestimmten Konfession angehören müssen, kann eine Verletzung der Vorschrift staatlicher Leitung oder der Gleichheit vor dem Gesetz liegen, aber nicht des zum Schutz der Gewissensfreiheit der Kinder aufgestellten Abs. 3 des Art. 27. Vgl. *Hans Fehr*, Staat und Kirche im Kanton St. Gallen, Diss., Bern 1899, S. 371—376. *A. Heusler*, Gutachten i. S. der katholischen Schulgemeinde Lichtensteig, St. Gallen 1890.

[4]) S. Programm des Departements des Innern betr. die Ausführung des Art 27. V, S. 565.

[5]) B. Bl. 1882, II, 765. *Salis*, V, Nr. 2481.

[6]) B. Bl. 1878, II. 566; M. O. Art. 81; *Salis*, V, Nr. 2477. B. Bl. 1882, II, 766 (Rekurs Appuis); 1874, III, 267, 1090 (Rekurs Guggenheim). *Salis*, V, Nr. 2474 u. 2475; B. Bl. 1895, I, 101 (Rekurs Meyrat). *Salis*, V, Nr. 2476; vgl. unten Art. *49*.

[7]) Angesichts der Entstehungsgeschichte des Art. 27 ging es nicht wohl an, die Verwendung von Ordensschwestern und a fortiori von anderen Lehrschwestern als verfassungswidrig zu erklären; für den Nichtkatholiken liegt aber gewiss in der Zumutung, seine Kinder einer Lehrschwester anzuvertrauen, ein Gewissenszwang; das Kind nimmt naturgemäss die Lehrerin in allen Dingen zum Vorbild.

[8]) Der B. R. lud 1878 die Regierung von St. Gallen ein, die konfessionell getrennten Schulen aufzuheben. *Salis*, V, Nr. 2487, I; das Gleiche sprachen die Rekursentscheide des B. R. vom 20. Nov. 1880 betr. die Schulgemeinde St. Gallen, bestätigt durch die B. Vers.,

aber nicht, weil eine solche Einrichtung dem Abs. 3 zuwider wäre, sondern weil sie dem Grundsatze der ausschliesslichen staatlichen Leitung und möglicherweise demjenigen der Gleichheit vor dem Gesetze zuwider ist. Denn wenn Abs. 3 des Art. 27 vorschreibt, dass die öffentlichen Schulen von den Angehörigen aller Konfessionen ohne Beeinträchtigung ihrer Glaubens- und Gewissensfreiheit sollen besucht werden können, so bedeutet das gewiss nicht, dass jede öffentliche Schule allen Konfessionen offen stehen muss, sondern nur, dass jeder Konfession eine öffentliche Schule ohne Verletzung jenes Grundsatzes offen stehe; ist dies der Fall, so kann sich niemand über Verletzung seiner Gewissensfreiheit beklagen; möglicherweise aber kann jemand Grund zur Klage haben, weil diese Schule nicht unter staatlicher Leitung steht oder ungenügend oder weniger gut ist als die andere konfessionelle Schule.

4. Die Primarschulen sollen unter **ausschliesslich staatlicher Leitung** stehen, und zwar sowohl die Privatschulen, wenn solche bestehen, als die öffentlichen [1]. «Staatlich» steht hier im Gegensatz sowohl zu «privat» wie zu «kirchlich» oder «konfessionell», wie die beiden Worte der französischen Fassung zeigen: «autorité civile». Bei öffentlichen Schulen wurde verlangt, dass die *Schulbehörden* ausschliesslich weltlich zusammengesetzt seien, d. h. dass nicht von Rechts wegen eine Anzahl Geistlicher oder Angehöriger einer bestimmten Konfession darin sitzen [2]. Deshalb wurden die konfessionell geteilten Schulen in den oben mitgeteilten Fällen mit Recht verurteilt.

Auf Privatschulen kann dieses Erfordernis nicht unverändert angewendet werden; gestattet die B.V. einmal Privatschulen, so kann sie nicht zugleich verlangen, dass die Lehrer derselben ausschliesslich in allen Instanzen unter staatliche Leitung gestellt seien, wie sich das Departement des Innern in seinem Berichte ausdrückte [3]; eine durch Private gegründete und unterhaltene Schule muss auch in organisatorischer und pädagogischer, nicht nur in finanzieller Hinsicht von diesen Privaten abhängen: nimmt sich der Staat heraus, die Lehrer zu wählen und abzusetzen, Lehrprogramm, Lehrstoff und Lehrmethode vorzuschreiben, so wird es niemand mehr einfallen, auf seine Kosten eine Privatschule zu gründen. Das Mitwirkungsrecht des Staates muss sich also, wenn anders Privatschulen möglich sein sollen, auf ein Aufsichtsrecht beschränken. Der Staat muss die erforderliche Macht haben, zu bewirken, dass auch der Privatunterricht genügend sei; er muss befugt sein, sich zu erkundigen und Abhülfe der Übelstände zu erzwingen, z. B. auch die Absetzung eines Lehrers [4]) oder die Abänderung des Lehrprogrammes zu verlangen; das ist aber selbstverständlich im Aufsichtsrecht ent-

---

und vom 24. Juni 1895 betr. die konfessionelle Schule in Brusio aus. *Salis*, V, Nr. 2487, II; 2489. Vgl. die Beschwerde über die Vereinigung der konfessionellen Schulen in Lichtensteig, B. R. B. 10. Januar 1888, bestätigt durch die B. Vers. den 5. April 1889. *Salis*. V, 2488.

[1]) *Salis*, I, Nr. 57, I; 61, I; 1. Aufl., I, Nr. 87, Note 1; 2. Aufl., I, Nr. 87.

[2]) *Salis*, V, Nr. 2187, II, 2488; 2489 u. I, S. 297. *H. Fehr*, Staat und Kirche im Kanton St. Gallen, S. 371—376.

[3]) *Salis*, V, S. 564.

[4]) Damit steht allerdings im Widerspruch, dass ein Lehrer unabsetzbar ist, weil er sein Amt als Inhaber einer Pfründe oder auf Grund eines auf bestimmte Zeit unkündbaren Vertrages inne hat. Gewährleistung der Verf. von Nidwalden von 1877, B. Bl. 1877, IV, 380; 1878, II, 468; A.S. III, 284.

halten. Die Bundesbehörden haben zu Unrecht bezüglich der Privatschulen mehr verlangt und einen Unterschied zu machen gesucht zwischen ‹Aufsicht› und ‹Leitung›; wenn eine kantonale Verfassung dem Staate das ‹Aufsichtsrecht› über die Privatprimarschulen einräumt, so genügt sie der B.V.[1]).

5. Wenn die B.V. bestimmt: die **Kantone sorgen** für genügenden Primarunterricht, so stellt sie die Sorge für den Primarunterricht nicht nur in die Befugnis der Kantone, sondern macht sie ihnen auch zur Pflicht; wenn die B.V. weiter den Primarunterricht **obligatorisch** erklärt, so verpflichtet sie zugleich die Kantone, den Primarunterricht *allen* Kindern zugänglich zu machen und alle dazu anzuhalten. Diese Verpflichtung der Kantone ist des näheren dahin bestimmt worden, dass diejenige Gemeinde, in welcher die Kinder Wohnsitz haben oder sich mit der Bewilligung der Gemeindebehörde aufhalten, und nur diese, zur Erteilung des Primarunterrichts verpflichtet ist, und dass die Eltern das Recht haben, ihre Kinder dort in die Schule zu schicken[2]). Und zwar gilt dies sowohl für Ausländer wie für Schweizer[3]). Die Frage, wie viel Jahre der Primarunterricht zu dauern habe, wie viel Wochen im Jahre und wie viel Stunden in der Woche er zu erteilen sei, geht in der weiteren Frage auf, was zum *genügenden* Primarunterricht gehöre.

6. Die **Unentgeltlichkeit** des Primarunterrichts in den öffentlichen Schulen bezieht sich nicht auf das Schulmaterial, sondern nur auf den Unterricht selbst[4]). Dagegen kommt diese Unentgeltlichkeit den Ausländern im gleichen Masse zu gute, als sie zum Besuch der Schule verpflichtet sind, um so mehr Schweizern anderer Kantone[5]).

7. Was unter **genügendem Primarunterricht** zu verstehen ist, kann mit einiger Bestimmtheit weder aus der Entstehungsgeschichte der B.V. noch aus der B.V. selbst entnommen werden; die B.V. wollte wohl mit dem Ausdruck *Primarunterricht* den in schweizerischen Schulkreisen üblichen Begriff aufgenommen wissen[6]). Die Ausführung der Vorschrift, dass der Primarunterricht genügend sein soll, ist daher unkontrollierbar durch den Bund, solange der Begriff des genügenden Primarunterrichts nicht näher definiert wird. Nun wurde in den Re-

---

[1]) Gewährleistung der Verf. von *Luzern* 1875, B. Bl. 1875, III, 271, 944, 469; A. S. I, 592; *Salis,* I, Nr. 55; — Verf. von Nidwalden von 1877, B. Bl. IV, 378; A. S. III, 284; *Salis,* I, Nr. 61, I; — Verf. von Solothurn von 1875, B. Bl. 1876, I, 497; A. S. II, 114; *Salis,* I, Nr. 67; — Verf. von Obwalden von 1902, B. Bl. 1902, IV, 1; A. S. XIX, 251; *Salis,* I, Nr. 60; in der Sache selbst wird nicht mehr verlangt: *Salis,* I, 296.

[2]) B.R.B. 26. April 1889 i. S. Pensi, 5. Sept. 1890 i. S. Bührer, 10. Dez. 1889 i. S. Rossi u. G. *Salis,* V, Nr. 2471, 2472, 2473.

[3]) *Salis,* V, Nr. 2467, 2471. Der B.R. ging dabei von der richtigen Ansicht aus, dass die Vorschriften der B.V. zwingendes Recht für die Kantone und ohne Einschränkung auf ihrem Gebiet auszuführen seien.

[4]) Das Schulmaterial ist bei weitem nicht in allen Kantonen unentgeltlich. Vgl. *Schollenberger,* Staats- und Verwaltungsrecht, II, 1. In diesem Sinne: St. B. 1901, 703 (Curti), 710. Anderer Ansicht: das zitierte Programm des Departements des Innern. *Salis,* V, S. 564.

[5]) Die Unentgeltlichkeit wurde in den Revisionsberatungen als das notwendige Korrelat des Schulzwanges hingestellt. Vgl. die Zitate oben Nr. 2. *Salis,* 1. Aufl., IV, Nr. 1579, und den oben zitierten Entscheid i. S. Bührer.

[6]) Die Benennung der Schule ist natürlich nicht massgebend; die Bundesbehörden sind befugt, zu untersuchen, ob im einzelnen Falle eine „Sekundarschule“ nicht als Primarschule im Sinne der B.V. anzusehen ist. *Salis,* V, Nr. 2469.

visionsverhandlungen der Antrag ausdrücklich verworfen, dass der Bund befugt sei, Vorschriften über das Minimum des von den Kantonen zu erteilenden Primarunterrichts zu erlassen; man wollte von dieser eidg. Kontrolle der kantonalen Schulprogramme, Lehrmethoden und der Schulorganisation nichts wissen. Man gab sich aber anderseits nicht klare Rechenschaft darüber, dass der Bund nicht entscheiden kann, ob der Primarunterricht im einzelnen Fall genügend ist, wenn er nicht ein bestimmtes Minimum aufstellen darf, dass er sich in seinen Verfügungen gegen nachlässige Kantone eine bestimmte Norm zur Richtschnur nehmen muss, und dass es dann den Kantonen nur erwünscht sein kann, wenn diese Norm nicht vom B. R. selbst, sondern von der B. Vers. in Form eines für die Exekutive verbindlichen Gesetzes formuliert wird. Die Opposition richtete sich wohl im Grunde nicht sowohl gegen die Form des Gesetzes als dagegen, dass der Bund *von vornherein* den Kantonen Vorschriften über das Minimum ihrer Leistungen mache, welche gegenüber allen Schulen Anlass zu Kontrolle und zu Eingriffen gegeben hätte; der Bund soll nur da eingreifen, wo sich Übelstände herausstellen, repressiv aber nicht präventiv, und es entspricht wohl auch dem Geiste der Bestimmung, dass er nicht ohne triftigen Grund eingreife. Das ausgedehnte Programm, welches das eidg. Departement des Innern im Jahre 1881 ausarbeitete, ging daher weit über das von der B. V. Gewollte hinaus[1].

Dagegen kann der B. R., wie er es in einigen Fällen getan, auf Beschwerde hin oder von sich aus eine Untersuchung einleiten und gegen die ihren Verpflichtungen nicht nachkommenden Kantone einschreiten. Nach bisheriger Praxis hat jeder Bürger auch darauf ein subjektives Recht (d. h. ein Rekursrecht), dass der Primarunterricht genügend sei, was grundsätzlich anfechtbar erscheint[2].

Die Bundesbehörden können sich selbstverständlich nur an die Kantone wenden, die gegenüber dem Bund zur Beobachtung des Art. 27 verpflichtet sind, und nicht direkt in die Organisation der Schule eingreifen, z. B. durch Absetzung eines unfähigen oder die Gewissensfreiheit der Schüler verletzenden Lehrers[3].

Das Postulat des genügenden Primarunterrichts hat nicht nur eine politisch-pädagogische, es hat auch eine grosse finanzielle Tragweite. Es richtet nichts aus, den Kantonen bessere Schulen vorzuschreiben, wenn man ihnen nicht zugleich die Mittel dazu gibt, denn die fehlen ihnen vor allem.

Diese Kompetenz ist nun durch Art. 27 bis dem Bunde in unzweideutiger Weise gegeben; damit hat die Frage, was genügender Primarunterricht sei und welche Verfügungen der B. R. gegen säumige Kantone treffen könne, ihre grösste praktische Bedeutung verloren, denn der Bund wird kaum mehr auf andere Weise als durch seine Subventionen und die Kontrolle ihrer Verwendung auf den Primarunterricht in den Kantonen einwirken.

---

[1]) Vgl. *Salis*, V, Nr. 2460. Die Frage der Kompetenz des Bundes, ein Ausführungsgesetz zu Art. 27 zu erlassen, wurde anlässlich des B. B. vom 14. Juni 1882 diskutiert. B. Bl. 1881, III, 387. *Salis*, loc. cit.

[2]) Der B. R. hat mehrmals Kantone aufgefordert, der B. V. nachzukommen: *Salis*, V, Nr. 2487, I, 2490.

[3]) B. R. B. 24. Febr. 1880 i. S. der Schulgenossen von Eggerstanden, B. Bl. 1880, I, 417. *Salis*, V, Nr. 2484, B. Bl. 1878, II, 567; 1884, II, 9; *Salis*, V, Nr. 2490, 2491

Art. 27 bis.

Den Kantonen werden zur Unterstützung in der Erfüllung der ihnen auf dem Gebiete des Primarunterrichts obliegenden Pflichten Beiträge geleistet.

Das Nähere bestimmt das Gesetz.

Die Organisation, Leitung und Beaufsichtigung des Primarschulwesens bleibt Sache der Kantone, vorbehalten die Bestimmungen des Art. 27.

I. Geschichte [1].

In seiner Sitzung vom 15. Juni 1875 erklärte der N. R. die Motion *Desor* erheblich, lautend: «Der B. R. wird eingeladen, über die zur Durchführung des Art. 27 der B. V., insbesondere soweit er die Volksschule betrifft, erforderlichen Massregeln der B. Vers. Bericht und Antrag zu bringen.»

Im Auftrag des B. R. arbeitete das Departement des Innern einen Bericht aus: «Art. 27 der B. V. und der Primarunterricht in der Schweiz», in welchem es zum Schlusse kam, der Bund sei zwar kompetent, ein Ausführungsgesetz zu Art. 27 zu erlassen, es sei dies aber im dermaligen Zeitpunkt aus politischen und finanziellen Gründen nicht opportun; dagegen schlug es andere Massnahmen zur Hebung des Primarunterrichts vor, u. a. die Aufmunterung der Kantone durch «verschiedene Mittel» zur Erfüllung ihrer Aufgabe, worunter namentlich Beiträge an bestehende Lehrerseminarien oder Schaffung eidgenössischer Seminarien, Beiträge an Schulausstellungen, Ausschreibung von pädagogischen Preisfragen, Herausgabe guter Handbücher und Unterrichtsmittel u. s. w. [2].

Der B. R. unterbreitete der B. Vers. den Entwurf eines B. B., der von der B. Vers. im wesentlichen angenommen wurde, und der den B. R. beauftragte, die zur Ausführung des Art. 27 B. V. nötigen Erhebungen und Studien zu machen, und ihn ermächtigte, zu diesem Zwecke einen Sekretär für das Unterrichtswesen anzustellen. Gegen diesen B. B., in dem viele den Anfang der Einmischung des Bundes in das Schulwesen durch den sog. «Schulvogt» erblickten, wurde das Referendum ergriffen, und das Volk verwarf ihn in der Abstimmung vom 26. Nov. 1882 mit grossem Mehr.

Am 20. Juni 1892 stellte N. R. *Curti* die Motion, den B. R. einzuladen, zu untersuchen und darüber Bericht und Antrag einzubringen: 1. ob nicht zur Ausführung der Bestimmung des Art. 27 B. V., welche genügenden Primarunterricht vorschreibt, die Kantone vom Bund finanziell unterstützt werden sollten, und 2. ob nicht durch das Mittel der

---

[1]) Vgl. Botschaft des B. R. vom 18. Juni 1901; B. Bl. 1901, III, 729. *Salis*, V, Nr. 2460, 2461.

[2]) B. Bl. 1880, III, 183. *Salis*, V, Nr. 2460.

Bundesbeiträge auch die Unentgeltlichkeit der Lehrmittel und Schulmaterialien für den Primarunterricht einzuführen sei.

Die Motion wurde erst in der Junisession 1893 beraten und in folgender Fassung erheblich erklärt: «ob nicht zur Ausführung der Bestimmung des Art. 27 B. V., welche genügenden Primarunterricht vorschreibt, und nach Massgabe des Standes der Bundesfinanzen die Kantone vom Bunde finanziell unterstützt werden sollen» [1]).

Das Departement des Innern arbeitete infolgedessen einen Gesetzesentwurf aus (Okt. 1893), der eine jährliche Subvention des Bundes an die Kantone von Fr. 1,200,000 vorsah, nämlich von 30,40 oder 50 Cts. per Kopf der Bevölkerung, je nach der ökonomischen Lage der Kantone; der Entwurf wurde jedoch erst am 14. Mai 1895 dem B. R. und von diesem am 5. Juli 1895 der B. Vers. unterbreitet. Der Tod des Urhebers des Entwurfs und Förderers des Gedankens, B. R. *Schenk*, sowie inzwischen auftauchende andere gesetzgeberische Probleme, brachten eine neue Verzögerung. Im April 1898 hielten die Vorsteher der kantonalen Erziehungsdepartemente eine Konferenz und stellten einen Gesetzesentwurf über die Unterstützung der öffentlichen Primarschule durch den Bund auf.

Der B. R. unterbreitete nun selber mit Botschaft vom 18. Juni 1901 der B. Vers. den Entwurf eines B. B. Die Mehrheit der N. R. K. beantragte im wesentlichen Zustimmung zum Entwurf, die Minderheit bestritt dem Bund die Kompetenz, ohne Verfassungsänderung die Primarschule der Kantone zu unterstützen. Um diese Frage, die schon im Jahre 1893 anlässlich der Motion *Curti* lebhaft erörtert worden war drehte sich hauptsächlich der Streit der Meinungen in der B. Vers. Der B. R., gestützt auf Gutachten des Justizdepartements und von Prof. *Hilty*, und die radikal-demokratische Gruppe der Räte leiteten die Kompetenz des Bundes namentlich aus Art. 2 B. V. ab: wenn der Bund ohne andere verfassungsrechtliche Grundlage die landwirtschaftlichen, gewerblichen und Handelsschulen, die Schulausstellungen und viele andere wissenschaftliche Unternehmen habe unterstützen, wenn er das Nationalmuseum und die Nationalbibliothek habe gründen können, sei er um so eher kompetent, eine Einrichtung zu unterstützen, die schon z. T. durch Bundesrecht normiert sei [2]). Die Vertreter des Zentrums und der Rechten wollten die Berufung auf Art. 2 nicht gelten lassen, sie verwiesen ihrerseits auf die Entstehungsgeschichte (die Verwerfung des Antrages *Schenk*, s. oben!) und den Wortlaut des Art. 27: wenn die Kompetenz des Bundes, höhere Unterrichtsanstalten zu unterstützen, ausdrücklich erwähnt sei, so folge daraus das Gegenteil für die Primarschule; Abs. 2 sage auch ausdrücklich: die *Kantone sorgen* für genügenden Primarunterricht, und diese Bestimmung bedeute für die Kantone nicht nur eine finanzielle Auflage, von der sie befreit werden könnten, sondern auch eine politische und moralische Garantie gegenüber dem Bund. Sie konnten sich auch auf frühere Meinungsäusserungen des B. R. und einzelner ihrer Gegner berufen [3]).

---

[1]) St. B., III, p. 1 ff., 58 ff.

[2]) St. B. 1901, 695 ff., 705, 712, 737, 748, 760. Er hatte früher eine andere Ansicht geäussert in seinem Bericht über die Eingabe des schw. Vereins zur Förderung der Knabenarbeitsschulen vom 19. März 1889, B. Bl. 1889, I, 636.

[3]) St. B. 1901, 717, namentlich 720 ff. (Votum *de Meuron*).

Aus der Entstehungsgeschichte lässt sich nichts Sicheres folgern für oder gegen die Kompetenz des Bundes, auch nicht aus der Ablehnung des Antrages Schenk i. J. 1871; auch der Wortlaut des Art. 27 darf nicht mit so strenger sprachlicher Logik ausgelegt werden. Entscheidend ist m. E., dass Art. 2 der B. V., wie oben bemerkt, dem Bund keinerlei Kompetenz überträgt, und eine Kontrolle des Primarunterrichts, wie sie mit dem Subventionssystem notwendig verbunden ist, kaum in der Absicht der Urheber des Art. 27 lag. Es ist jedenfalls begreiflich, dass die Anhänger der kantonalen Autonomie im Schulwesen angesichts der früheren weitgehenden Projekte des B. R. und der bei anderen Subventionen gemachten Erfahrungen[1]) bestimmte Garantien gegen überwuchernde Reglementiererei des Bundes verlangten. Auch hier bestätigt sich die prosaische Wahrheit: wer zahlt, befiehlt. Da die Verteidiger der Meinung, der Bund sei schon kompetent, die Kompetenzen der Kantone jedoch nicht zu schmälern beabsichtigten, sofern nur diejenigen des Bundes aus Art. 27 nicht geschmälert würden, sondern nur die Subventionierung ermöglichen wollten, stimmten sie dem Antrage *Scherrer-Füllemann* zu, den B. R. zu beauftragen, den eidg. Räten einen formulierten Antrag auf Ergänzung des Art. 27 einzureichen. Der St. R. schloss sich mit Beschluss vom 19. April 1902 dem N. R. an (St. B., XI, 1901, 777; XII, 1902, 131—133).

Mit Botschaft vom 17. Mai 1902 (B. Bl. 1902, III, 351) beantragte nun der B. R. folgenden neuen Verfassungsartikel:

Art. 27 bis. «Den Kantonen können zur Unterstützung in der Erfüllung der ihnen auf dem Gebiete des Primarunterrichts obliegenden Pflichten Beiträge verabfolgt werden[2]). — Das Gesetz bestimmt die Bedingungen, unter denen diese Beiträge verabreicht werden.»

Die N. R. K. beantragte, den 2. Absatz, wie er jetzt ist, umzuändern, weil das Gesetz noch anderes als die Bedingungen der Subventionserteilung, z. B. die Art ihrer Verwendung und ihre Höhe, zu bestimmen habe. Sie fügte sodann den heutigen dritten Absatz bei, den sie, mit Ausnahme des Wortes Beaufsichtigung, dem bundesrätlichen Entwurf vom 18. Juni 1901, Art. 5, entnahm. Man war dabei allseitig damit einverstanden, dass dieser Absatz die Kompetenzen der Kantone nicht erweitern, sondern lediglich das bestehende Recht bestätigen solle (St. B., XII, 203 ff., 213).

Die Minderheit der St. R. K. wollte in den Verfassungsartikel noch einzelne speziellere Bestimmungen des erwähnten bundesrätlichen Entwurfs aufgenommen wissen (St. B., XII, 440, 559); ihr Antrag wurde aber verworfen. Dagegen beschloss der St. R., im 1. Absatz das Wort «können» durch «werden» zu ersetzen, was auch der N. R. adoptierte (St. B., XII, 461, 462).

Der neue Verfassungsartikel wurde in der Volksabstimmung vom 23. Nov. 1902 mit 258,567 gegen 80,429 Stimmen und 19 5/2 Standesstimmen gegen 1/2 Standesstimme angenommen (B. Bl. 1902, V, 806; A. S. XIX, 358).

---

[1]) Z. B. auf dem Gebiete der Forst- und Wasserpolizei und des kommerziellen, gewerblichen und industriellen Bildungswesens.

[2]) Entsprechend dem Inhalte des Art. 1 des B. R. Entwurfes vom 18. Juni 1901.

II. Auslegung.

Zu Abs. 1 ist zu bemerken, dass der Bund nicht nur das Recht, sondern auch die Pflicht hat, Beiträge zu leisten, im Gegensatz zu Abs. 1 des Art. 27[1]). Die Kantone sollen auf diese Beiträge zählen und ihre Budgets demgemäss einrichten können; sie haben aber damit nicht gegen den Bund einen liquiden und ohne weiteres exequierbaren Schuldtitel, gegen den der Schuldner keine Einreden erheben könnte, gewissermassen eine jährlich fällig werdende Tratte; schon deshalb nicht, weil die Höhe des Beitrages nicht angegeben ist. Der Bund soll, wo immer möglich, den Kantonen regelmässig Beiträge leisten; aber doch nur, soweit es ihm seine Finanzlage[2]), m. a. W., die zur Erfüllung seiner eigenen Zwecke erforderlichen Ausgaben erlauben; für diese hat der Bund seine Einnahmen in erster Linie zu verwenden, in zweiter Linie erst für die den Kantonen verbliebenen Aufgaben, wie das Primarschulwesen; von den verschiedenen Subventionen an die Kantone soll er aber zuerst die ihm obligatorisch auferlegten ausrichten; so lässt sich das Verhältnis juristisch wiedergeben. Tatsächlich werden allerdings diejenigen Beiträge vor allen andern zu entrichten sein, welche ständigen kantonalen Einrichtungen zu gute kommen, weil die Kantone sonst den Ausfall decken müssten.

Nach Abs. 3 sollen die Organisation, die Leitung und die Beaufsichtigung des Primarschulwesens im bisherigen Umfange Sache der Kantone bleiben. Anderseits kann aber der Bund, wie es Abs. 2 andeutet, seine Beiträge an Bedingungen knüpfen, deren Erfüllung er naturgemäss kontrollieren wird. Die Autonomie der subventionierten Kantone im Primarschulwesen hängt daher ganz davon ab, wie einlässliche Bedingungen der Bund stellen und wie strenge Kontrolle er üben wird. Eine bestimmte Schranke setzt die Verfassung dem Bunde in dieser Beziehung nicht; es kann aus Abs. 3 nur die Absicht herausgelesen werden, dass der Bund die Subventionierung nicht dazu gebrauche, um die Kantone in ihrer bisherigen Selbständigkeit einzuschränken. Es hat aber keinen fassbaren Sinn, zu behaupten, die Kontrolle des Bundes solle nur eine *finanzielle* sein[3]), denn sobald der Bund sich vergewissern will, dass seine Gelder für die Primarschule, wie sie die B. V. versteht, ausgegeben werden, und nicht nur in der kantonalen Staatsrechnung unter dieser Rubrik stehen, ist seine Kontrolle keine rein finanzielle mehr, um so weniger, wenn er im Ausführungsgesetz über die Verwendung spezielle Vorschriften aufstellt. Das Ausführungsgesetz vom 25. Juni 1903[4]) wahrt allerdings die Freiheit der Kantone in hohem Masse, indem es nur sehr allgemein gefasste Zweckbestimmungen aufstellt, den Kantonen unter ihnen freie Wahl lässt und die Kontrolle des B. R. über die richtige Verwendung der Beiträge auf die der Entrichtung derselben vorausgehende Genehmigung der Rechnungsausweise, d. h. der Ausweise über die im Subventionsjahr erfolgten Ausgaben beschränkt (Art. 6 des Gesetzes)[5]).

---

[1]) Vgl. Art. 23, Abs. 1, und Art. 24, Abs. 2.

[2]) A. M. *Sonderegger* im N. R.. St. B. XII, 462.

[3]) Botschaft des B. R. vom 18. Juni 1901, B. Bl. 1901, III, 741.

[4]) Botschaft des B. R. vom 11. Dez. 1902, B. Bl. 1902, V, 811; St. B. XIII, 177, 423, 573. A. S. XIX, 709,

[5]) Die Kontrolle ist eine viel eingehendere bei den Bundesbeiträgen für gewerbliche und industrielle Berufsbildung (B. B. vom 27. Juni 1884, Art. 5 u. 6; A. S. VII, 613; vgl. XV,

Eine weitere Garantie ihrer Unabhängigkeit haben die Kantone in dem Recht, auf die Beiträge des Bundes zu verzichten, das ihnen nicht abgesprochen werden kann [1]).

Art. 28.

Das Zollwesen ist Sache des Bundes. Derselbe hat das Recht, Ein- und Ausfuhrzölle zu erheben.

I. Geschichte [2]).

Die bisherigen mannigfaltigen kantonalen Zölle und zollähnlichen Gebühren der alten Eidgenossenschaft, wie Strassen- und Brückengelder, standen mit dem politischen System der *Helvetik* in Widerspruch; das Direktorium beabsichtigte, alle Binnenzölle zu beseitigen und den Grenzzoll einheitlich zu gestalten, konnte aber seinen Plan nicht ausführen; die alten Zölle und zollähnlichen Gebühren blieben während der helvetischen Periode tatsächlich bestehen [3]).

Die *Mediationsakte* bestimmte in Art. 5: «Die ehemaligen Zugs- und Abzugsrechte sind abgeschafft. Der freie Verkehr mit Lebensmitteln, Vieh und Handelswaren ist gewährleistet. Im Innern der Schweiz können keine örtlichen oder allgemeinen Eingangs-, Durchpass- oder Zollgebühren eingeführt werden. Die äusseren Grenzzölle gehören den an das Ausland stossenden Kantonen; jedoch sollen die Tarife der Tagsatzung zur Genehmigung vorgelegt werden.»

Art. 6. «Jeder Kanton behält die Zölle bei, die zur Ausbesserung der Wege, Heerstrassen und Flussufer bestimmt sind. Die Tarife bedürfen ebenfalls der Genehmigung der Tagsatzung.»

Art. 5 wurde aber nur auf *neue* Zölle bezogen; die bestehenden kantonalen Zolltarife wurden von der Tagsatzung jeweilen auf ein Jahr bestätigt, unter Vorbehalt einer allgemeinen Revision der Zölle, die aber nie stattfand.

Durch Napoleon I. zur Teilnahme an der Kontinentalsperre gezwungen, verbot die Tagsatzung am 5. Juli 1806 die Einfuhr englischer Manufakturwaren, ausser Baumwollgarn, und legte, um die Kosten der Grenzbewachung zu decken, auf Baumwollgarn eine Einfuhrgebühr von 1 Kreuzer und eine Visagebühr von 3 Kreuzern auf die eingehenden übrigen Kaufmannswaren, die ersten eidgenössischen, aber von den Grenzkantonen bezogenen Grenzzölle. 1810 wurden unter dem Drucke Napoleons die kantonalen Zollanstalten an der Grenze der eidgenössischen Verwaltung unterstellt und zur Bestreitung der Kosten die Erhebung neuer eidgenössischer Gebühren beschlossen [4]). Mit dem Sturze

448); zur Förderung der kommerziellen Bildung (B. B. vom 24. Juli 1891. Art. 4 u. 5; A. S. XII, 148); für landwirtschaftliche Schulen (B. Ges. vom 22. Dez. 1893, Art. 3, und V. V. vom 10. Juli 1894, Art. 5; A. S. XIV, 209, 287). Vgl. auch den Art. 23 u. 24 und unten Art. 32bis.

[1]) A. M. *Sonderegger* im N. R., St. B. XII, 462.

[2]) *Albert Huber,* Die Entwicklung des eidgenössischen Zollwesens bis 1848. Bern 1890.

[3]) *Öchsli,* Geschichte der Schweiz im 19. Jahrh. I. 199.

[4]) *Hilty,* Polit. Jahrbuch, 1886. S. 203, 249, 423. *Öchsli,* a. a. O. 522—524, 545—550.

Napoleons wurde auch die für die Schweiz erdrückende Kontinentalsperre aufgehoben, die Tagsatzung beschloss aber zugleich (26. Nov. 1813), eine eidgenössische Eingangsgebühr von allen eintretenden Waren zu erheben, um die Kosten der Grenzbesetzung zur Aufrechterhaltung der Neutralität teilweise zu bestreiten. Die eidgenössischen Grenzanstalten wurden im September 1814 wieder aufgehoben.

Der *Bundesvertrag von 1815* behielt die eidgenössische Grenzgebühr bei; er sah in § III die Errichtung einer gemeineidgenössischen Kriegskasse vor und bestimmte in den Abs. 5—7: «Zur Bildung dieser Kriegskasse soll eine Eingangsgebühr auf Waren gelegt werden, die nicht zu den notwendigsten Bedürfnissen gehören. — Diese Gebühren werden die Grenzkantone beziehen und der Tagsatzung alljährlich darüber Rechnung ablegen. — Der Tagsatzung wird überlassen, sowohl den Tarif dieser Eingangsgebühr festzusetzen, als auch die Art der Rechnungsführung darüber und die Massnahmen zur Verwahrung der bezogenen Gelder zu bestimmen.»

§ XI bestimmte ferner: «Für Lebensmittel, Landeserzeugnisse und Kaufmannswaren ist der freie Kauf, und für diese Gegenstände, sowie auch für das Vieh, die ungehinderte Aus- und Durchfuhr von einem Kanton zum andern gesichert, mit Vorbehalt der erforderlichen Polizeiverfügungen gegen Wucher und schädlichen Vorkauf. — Diese Polizeiverfügungen sollen für die eigenen Kantonsbürger und die Bewohner anderer Kantone gleich bestimmt werden. — Die dermalen bestehenden, von der Tagsatzung genehmigten Zölle, Weg- und Brückengelder bleiben in ihrem Bestand. Es können aber ohne Genehmigung der Tagsatzung weder neue errichtet, noch die bestehenden erhöht, noch ihr Bezug, wenn er auf bestimmte Jahre beschränkt war verlängert werden.»

In Ausführung von § III erliess die Tagsatzung am 1. August 1816 eine Vollziehungsverordnung, welche alle in die Schweiz eintretenden Waren mit einer Gebühr von 1 oder 2 Batzen belegte, ausgenommen eine Anzahl zur Befriedigung notwendiger Bedürfnisse dienender Waren.

§ XI des Bundesvertrages legte das komplizierte Zollsystem der Kantone fest, wie es von der Tagsatzung unter der Mediationsakte anerkannt worden war; die Bemühungen einiger Kantone, auf dem Konkordatswege eine Vereinfachung herbeizuführen, hatten keinen dauernden Erfolg.

Der *Revisionsentwurf von 1832* stellte in Art. 15—25 folgende neue Grundsätze auf: Dem Bund allein steht das Recht der Zollbewilligung zu. Der Bund bezieht allein Grenzgebühren; die Kantone beziehen Strassen- und Brückengelder und Niederlagsgebühren, sowie Zölle auf den Wasserstrassen. Das Zollwesen der Kantone soll einer allgemeinen Revision unterworfen und die genannten Abgaben nach einheitlichen Grundsätzen neu bewilligt werden. Das Recht des Bundes, Zoll- und Handelsverträge abzuschliessen, bleibt ungeschmälert. — Der Entwurf von 1833 führte diese Neuerungen auf ein sehr bescheidenes Mass zurück; dem Bund blieb grundsätzlich das Recht der Zollbewilligung, aber mit dem Vorbehalt, dass die dermalen bestehenden, von der Tagsatzung genehmigten Zoll-, Weg- und Brückengelder in ihrem Bestande verbleiben. Dem Rechte des Bundes, Zoll- und Handelsverträge abzuschliessen, sollte

dadurch kein Eintrag geschehen, aber mit der Verpflichtung des Bundes, diejenigen Kantone zu entschädigen, deren Zollberechtigungen aufgehoben oder herabgesetzt würden (Art. 14—19).

In den Jahren 1840—1844 wurden die von der Tagsatzung als rechtsbeständig anerkannten Zölle und zollartigen Gebühren, wie schon lange verlangt worden war[1]), endlich ausgemittelt und bestätigt, wodurch die Grundlage für die Ablösung der kantonalen Zölle nach 1848 geschaffen wurde.

Im Spätherbst 1847 berieten 12 Kantone zu Aarau die Errichtung einer interkantonalen Zollvereinigung; ihre Beratungen wurden aber durch die politischen Ereignisse, die zur Verfassungsrevision führten, unterbrochen.

Aus den *Revisionsverhandlungen des Jahres 1848* seien hier nur die wichtigsten Gesichtspunkte hervorgehoben. Die Spezialkommission schlug der Revisionskommission vor, den Bund zu ermächtigen, die Zollberechtigungen der Kantone ganz oder teilweise gegen Entschädigung abzulösen und dafür eidgenössische Grenzzölle einzuführen. Zunächst wurde die Übertragung der Zollhoheit auf den Bund kritisiert als den kantonalen Industrien gefährlich und die Bildung eines kleinen Zollvereins unter Kantonen vorgeschlagen, aber ohne Erfolg. Umgekehrt wurde die bloss teilweise Ablösung der kantonalen Zölle angefochten, weil daraus ein engerer Zollverein in der Schweiz entstehe, worauf erwidert wurde, die Ablösung aller kantonalen Zollberechtigungen könnte den Bund allzusehr belasten; die Befürchtung, der Bund könnte dadurch gezwungen werden, hohe Zölle zu erheben, veranlasste sogar den Referenten der Spezialkommission, vorzuschlagen, die Kantone mit den grössten Zolleinnahmen: Baselstadt, Graubünden, Tessin und Wallis, nicht in das Zollsystem aufzunehmen. — Über die Art und Weise der Entschädigung gingen die Ansichten weit auseinander. Nach den einen sollten die Kantone nur für ihre wirkliche Einbusse an Zolleinnahmen, für diese aber vollständig entschädigt werden, nach den andern sollte als Massstab der Entschädigung nur die Bevölkerung dienen; gegen das erste System erhoben sich die Kantone, die ihre Zölle schon zum grössten Teil abgeschafft hatten und nun zur Entschädigung der andern mitwirken sollten, gegen das zweite diese letzteren Kantone, die eine solche Einbusse an ihren Einnahmen nicht ertragen zu können erklärten. So verlangten namentlich die ärmeren Gebirgskantone, die die Bauschuld der grossen Alpenstrassen nur durch Erhebung von Weggeldern zu verzinsen und zu amortisieren vermochten, Berücksichtigung ihrer besonderen Lage. Um diesen Schwierigkeiten auszuweichen, stellte man den Antrag, dem Bund zur Ausgleichung der Finanzlage das Militärwesen und den Unterhalt der Transitstrassen zu übertragen; dieser und andere ähnliche Anträge wurden aber verworfen, u. a. auch aus dem Grund, weil die bisherigen Leistungen der Kantone auf letzterem Gebiete sehr verschiedene gewesen seien. Ebenso der Antrag, den Kantonen, die durch eine nach Massgabe der Bevölkerung zu verteilende Entschädigung nicht gedeckt werden, den Weiterbezug ihrer Zölle zu gestatten — (vgl. jedoch Art. 32 der 1848er Verf.).

---

[1]) Z. B. durch den Tagsatzungsbeschluss vom 26. Juli 1831, betr. freyen Verkehr im Innern der Eidgenossenschaft, Ziff. 3, Off. Samml. II 253, angeführt bei Art. 31.

Die Mehrheit der Stände einigte sich schliesslich auf den vermittelnden Entschädigungsmodus, wie er in nachstehenden Artikeln der B. V. von 1848 widergegeben ist. Ein Antrag des Kantons *Waadt*, der Bund solle den Kantonen privatrechtliche, verzinsliche Schuldtitel ausstellen, damit die Entschädigungspflicht nicht auf dem Wege der Gesetzgebung oder der Verfassungsrevision aufgehoben werden könne, blieb in Minderheit.

Art. 23. «Das Zollwesen ist Sache des Bundes.»

Art. 24. «Dem Bunde steht das Recht zu, die von der Tagsatzung bewilligten oder anerkannten Land- und Wasserzölle, Weg- und Brückengelder, verbindliche Kaufhaus- und andere Gebühren dieser Art, mögen dieselben von Kantonen, Gemeinden, Korporationen oder Privaten bezogen werden, gegen Entschädigung ganz oder teilweise aufzuheben. Diejenigen Zölle und Weggelder, welche auf dem Transit lasten, sollen jedenfalls im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft und zwar gleichzeitig eingelöst werden. — Die Eidgenossenschaft hat das Recht, an der schweizerischen Grenze Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangszölle zu erheben. — Sie ist berechtigt, gegenwärtig für das Zollwesen bestimmte Gebäulichkeiten an der schweizerischen Grenze gegen Entschädigung entweder als Eigentum oder mietweise zur Benutzung zu übernehmen.»

Art. 26. «Der Ertrag der Eingangs-, Ausgangs- und Durchgangszölle wird folgendermassen verwendet: — a) Jeder Kanton erhält 4 Batzen auf den Kopf nach Massstab der Gesamtbevölkerung, welche nach der Volkszählung von 1838 berechnet wird. — b) Wenn ein Kanton hierdurch für die nach Art. 24 aufgehobenen Gebühren nicht hinlänglich gedeckt wird, so hat er noch so viel zu beziehen, als erforderlich ist, um ihn für dieselben Gebühren nach dem Durchschnitt des Reinertrages der fünf Jahre 1842 bis und mit 1846 zu entschädigen. — c) Die Mehreinnahme fällt in die Bundeskasse.»

Art. 27. «Wenn Zölle, Weg- und Brückengelder für Tilgung eines Baukapitals oder eines Teiles desselben bewilligt worden sind, so hört der Bezug derselben oder die Entschädigung auf, sobald das betreffende Kapital oder der betreffende Teil nebst Zinsen gedeckt ist.»

Art. 28. «Den in bereits abgeschlossenen Eisenbahnverträgen über Transitgebühren enthaltenen Verfügungen soll durch gegenwärtige Bestimmungen kein Abbruch geschehen. Dagegen tritt der Bund in die durch solche Verträge den Kantonen in Beziehung auf die Transitgebühren vorbehaltenen Rechte.»

Art. 29. «Für Lebensmittel, Vieh und Kaufmannswaren, Landes- und Gewerbserzeugnisse jeder Art sind freier Kauf und Verkauf, freie Ein-, Aus- und Durchfuhr von einem Kanton in den andern gewährleistet. — Vorbehalten sind:

a) In Beziehung auf Kauf und Verkauf das Salz- und Pulverregal. — *b)* Polizeiliche Verfügungen der Kantone über die Ausübung von Handel und Gewerbe und über die Benutzung der Strassen. — *c)* Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf. — *d)* Vorübergehende sanitätspolizeiliche Massregeln bei Seuchen. — Die in lit. *b* und *c* bezeichneten Verfügungen müssen die Kantonsbürger und die Schweizerbürger anderer Kantone gleich behandeln. Sie sind dem B. R. zur Prüfung vorzulegen und dürfen nicht vollzogen werden, ehe sie die Genehmigung desselben

erhalten haben. — *e)* Die von der Tagsatzung bewilligten oder anerkannten Gebühren, welche der Bund nicht aufgehoben hat (Art. 24 und 31). — *f)* Die Konsumsgebühren auf Wein und anderen geistigen Getränken, nach Vorschrift von Art. 32.»

Art. 30. «Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, hinsichtlich der Abschaffung bestehender Vorrechte in bezug auf Transport von Personen und Waren jeder Art zwischen den Kantonen und im Innern derselben auf dem Wasser und auf dem Lande die nötigen Verfügungen zu treffen, soweit die Eidgenossenschaft hierbei ein Interesse hat.»

Art. 31. «Der Bezug der im Art. 29, lit. *e*, bezeichneten Gebühren steht unter der Aufsicht des B. R. Sie dürfen nicht erhöht und der Bezug derselben darf ohne Genehmigung der B. Vers., wenn er auf bestimmte Zeit beschränkt war, nicht verlängert werden. — Die Kantone dürfen weder Zölle, Weg- noch Brückengelder unter irgend welchem Namen neu einführen. Von der B. Vers. können jedoch auf bestimmte Zeit solche Gebühren bewilligt werden, um die Errichtung öffentlicher Werke zu unterstützen, welche im Sinne des Art. 21 von allgemeinem Interesse für den Verkehr sind und ohne solche Bewilligung nicht zu stande kommen könnten.»

Sofern die Entschädigung von 4 Batzen per Kopf nicht schon ausreichte, schloss der Bund mit den Kantonen über die meisten zollartigen Gebühren Auslösungsverträge für einen jährlichen Betrag von Fr. 1,700,000; eine Anzahl Zölle und zollartige Gebühren blieben aber noch bis 1874 und sogar noch länger bestehen [1]).

Als man *in den Jahren 1871 und 1873* die Revision der B. V. vornahm, konnte man einen Schritt im Sinne der vollständigen Zentralisation des Zollwesens weiter gehen, einmal weil, von den Ohmgeldern abgesehen, die kantonalen Zollgebühren beinahe alle aufgehoben waren, und dann, weil der Bund neue Lasten, namentlich diejenigen des Militärs, auf seine Schultern zu nehmen gesonnen war. Die staatswirtschaftliche Sektion der N. R. K. schlug daher vor, den Ertrag der Zölle in die Bundeskasse fallen zu lassen und nur den Kantonen Uri, Graubünden, Tessin und Wallis zum Unterhalt ihrer internationalen Alpenstrassen die Zollentschädigungen in einem durch B. Ges. zu bestimmenden Umfange weiter zukommen zu lassen. Die Ansicht *(Arnolds)* wurde mit Recht verworfen, die Kantone besitzen mit ihren Zollablösungsverträgen wohlerworbene Rechte gegenüber dem Bund, die dieser auf unbegrenzte Zeit hinaus anzuerkennen habe. Sie konnten ihren Anspruch auf keinen anderen Rechtsgrund stützen als den allen Kantonen zustehenden Anspruch auf die 4 Batzen per Einwohner, nämlich auf die Verfassung selbst. Auch letztere Entschädigung wurde vorgeschlagen beizubehalten,

---

[1]) Abgesehen von den Ohmgeldern, den städtischen Octrois in Genf und Carouge und einem eigentlichen, durch die Bundeszollbeamten erhobenen Zoll auf italienischen, nach dem Tessin bestimmten Produkten in diesem Kanton, gemäss Vertrag zwischen dem Kanton Tessin und dem eidg. Handels- und Zolldepartement vom 21. Dez. 1850, genehmigt durch den B. R. am 25. Januar 1851, B. Bl. 1891, II, 95. Vgl. den Tarif des Tessinerzolles und der genferischen Octrois bei *Hoffmann-Merian,* Die kantonalen Ohmgelder und Konsumsteuern, Basel 1872, S. 135; 155. Die Genfer Octrois waren durch die Tagsatzung nie anerkannt worden: B. Bl. 1885, I, 485, sie fielen dahin zugleich mit den Ohmgeldern am 21. September 1887, B. R. B. vom 15. Juli 1887, Ziffer XI; A. S. X, 115; der Tessiner Zoll erst 1890. Andere, nicht abgelöste zollartige Abgaben wurden schon vor 1874 als unzulässig aufgehoben: *Ullmer* I, Nr. 71; *Huber,* cit. loc. 231.

im Betrage von 60 Cts. per Einwohner, mit Rücksicht auf das steigende Geldbedürfnis der Kantone. Indessen nahm die N. R. K. nur eine dem Abs. 2 des Art. 1 der Ü. B. gleichlautende Bestimmung zur Wahrung des finanziellen Gleichgewichts der Kantone an [1]. — Die St. R. K. nahm den Artikel mit der bloss redaktionellen Änderung an, dass statt «*Zoll*entschädigung» «Entschädigung» gesetzt wurde [2]; er lautete danach:

«Der Ertrag der Zölle fällt in die Bundeskasse.

«Die Kantone Uri, Graubünden, Tessin und Wallis erhalten jedoch mit Rücksicht auf den ihnen obliegenden Unterhalt internationaler Alpenstrassen eine Entschädigung, deren Umfang durch die Bundesgesetzgebung festgesetzt wird.»

Die Räte zogen die bisherigen Art. 23 und 24 in eine einzige, dem heutigen Art. 28 entsprechende Bestimmung zusammen [3]; der Rest des Art. 24 wurde gestrichen. Der bisherige Art. 26 erhielt die heutige Fassung mit Ausnahme der Entschädigung an Uri, die auf Fr. 70,000 beziffert war [4]. Die bisherigen Art. 27, 28 und 31 wurden gestrichen.

In den Verhandlungen der Jahre 1873 und 1874 blieb der Artikel unverändert.

II. Auslegung.

1. Die Bestimmung der Zollhoheit des Bundes, wie sie in Art. 28 gemeint ist, ist von praktischer Bedeutung zur Abgrenzung gegenüber der Steuerhoheit der Kantone. Das dem Bund übertragene Recht besteht darin, Waren bei ihrem Eintritt in oder Austritt aus der Schweiz zu besteuern; die Kantone haben dieses Recht nicht mehr, weder an der Landesgrenze noch an den inneren Kantonsgrenzen; die Schweiz bildet seit 1848 ein einziges Zollgebiet. Es kann sich fragen, ob das Wesentliche an diesem Recht des Bundes und an diesem an die Kantone gerichteten Verbot die Art des Bezuges der Zollgebühren, nämlich an der Grenze, beim Ein- oder Ausgang, ist, oder das Besteuerungsrecht an importierten oder exportierten Waren überhaupt. Im ersten Falle haben die Kantone nicht das Recht, sog. Übergangsabgaben [5] zu erheben, d. h. Abgaben von importierten Waren, deren Produktion im Inlande mit einer gleich hohen, aber auf anderem Wege bezogenen Verbrauchssteuer belastet wird; im zweiten Falle wäre dies zulässig, dagegen wäre es den Kantonen verwehrt, Verbrauchssteuern im Innern des Gebietes von eingeführten Waren allein zu erheben, während im Kanton selbst produzierte davon befreit blieben. Sicher ist, dass der Bund seine Abgaben nur beim Ein- und Ausgang an der Grenze erheben kann und dass anderseits die Kantone im Innern Verbrauchssteuern erheben können, wenn es heute auch nur noch in beschränktem Masse geschieht [6]. Dagegen fordert die Verfassung eine Beschränkung dieser

---

[1] Prot. der N. R. K. 1871, S. 46, 108 ff., 216, 239.
[2] Prot. der St. R. K. 1871, S. 82, 84.
[3] Prot. des N. R. 1871/72, S. 98, 99, 308.
[4] Prot. des N. R. 1871/72. S. 102 ff. Es wurde als eine Ungerechtigkeit bezeichnet, die ungleichen Zollentschädigungen fortdauern zu lassen, während doch alle Kantone annähernd im Verhältnis zu ihrer Bevölkerung an die Zolleinnahmen beitragen.
[5] Vgl. *v. Stengels* Wörterbuch des Verwaltungsrechts. Bd. II, 630; *Laband*, IV, 401.
[6] Das schweizerische Recht kennt keine Beschränkung der Steuerhoheit der Einzelstaaten auf die ausländischen Waren wie das deutsche Reichsrecht. Vgl. *Laband*, IV, S. 399.

Steuerhoheit sowohl hinsichtlich des Gegenstandes als hinsichtlich der Bezugsart.

Die B.V. wollte dem Bund in der Zollhoheit eine Einnahmequelle ausschliesslich zuweisen; es kann daher den Kantonen nicht erlaubt sein, den Import oder Export als solchen ebenfalls, wenn auch in anderer Form, zu besteuern [1]), wogegen sie allerdings importierte Gegenstände gleich besteuern können, wie die im Inland produzierten [2]). Die B.V. wollte aber ferner den Kantonen die allzu bequeme Bezugsart der Verbrauchssteuer beim Eingang an der Grenze im Interesse des Verkehrs verbieten, ausgenommen von Gegenständen kantonaler Monopole, wie Salz. Zum Beweis dafür kann auf Art. 31 verwiesen werden, der die kantonalen Ohmgelder verbot, trotzdem sie in nicht Wein bauenden Kantonen und in gewissem Masse in solchen, die ihre eigenen Produkte mit gleich hoher Verbrauchssteuer belegten [3]), nichts anderes waren als eine Verbrauchssteuer. Mögen die Kantone immerhin im Innern den Konsum mit Verbrauchssteuern belasten, die Form der Grenzgebühr ist ihnen versagt [4]).

Im Jahre 1885, als es sich um die Revision der Art. 31 und 32 der B.V. handelte, verteidigte der B.R. jene Auslegung der Art. 32 und 28 B.V. gegenüber den Städten Genf und Carouge, welche beanspruchten, ihre Octrois zu behalten, mit der Begründung, das städtische Octroi sei nicht, wie das Ohmgeld, ein blosser Schutzzoll, sondern eine Konsumsteuer, da die im Octroigebiet fabrizierten Getränke (nämlich Bier) mit gleicher Steuer belegt werden. Der B.R. antwortete darauf, das Ohmgeld sei nicht bloss deshalb nach 1890 verboten worden, weil es eine schutzzöllnerische Massregel, sondern auch und vorwiegend, weil es eine fiskalische Hemmung des freien Handels mit notwendigen und gesunden Nahrungsmitteln, eine den Lebensunterhalt der arbeitenden Klassen belastende Abgabe sei, was durch die Besteuerung der inneren Produktion nicht ausgeglichen werde. Die B.Vers. trat auf das Begehren der beiden Städte nicht ein [5]).

2. Die Verfassung äussert sich nicht darüber, ob der Bund nicht nur Ein- und Ausfuhrzölle, sondern auch *Ein-* und *Ausfuhrverbote* aufstellen könne; stellt man die Frage mit Rücksicht auf die Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen, und nicht mit Rücksicht auf die steuerzahlende Bevölkerung (wovon bei Art. 29), so ist die Frage zu bejahen. Aus- und Einfuhrverbote können militärische, polizeiliche oder zollpolitische Massregeln sein. Aus militärischen Gründen, zur Wahrung der äusseren Sicherheit der Schweiz, kann sie der Bund an-

---

[1]) Eine Bestimmung wie die des Walliser Gesetzes vom 27. Nov. 1883 (modifiant quelques dispositions de la loi des Finances du 28 mai 1874), wonach ausländische im Wallis eingeführte geistige Getränke besondere Gebühren zu bezahlen haben, ist daher verfassungswidrig.

[2]) Fraglich kann es sein bei Gegenständen, die im Kanton überhaupt nicht produziert werden, wie z. B. Kolonialwaren; folgerichtig muss auch dies erlaubt werden.

[3]) Es waren dies in verschiedenem Masse: Luzern, Uri, Glarus, Freiburg, Baselstadt; vgl. *Hoffmann-Merian*, Die kantonalen Ohmgeld- und Konsumsteuern. Basel 1872.

[4]) *G. Vogt*, Les finances de la Suisse, 1866, p. 5, scheint anderer Meinung zu sein, auf Grund der Verfassung von 1848. — Die Handelsverträge berücksichtigen die Möglichkeit von Übergangsgebühren: Handelsvertrag mit dem Deutschen Reich, vom 10. Dez. 1891, Art. 8, Abs. 3; mit Österreich-Ungarn, gl. D., Art. 6, Abs. 3; mit Italien, vom 23. Januar 1889, Art. 4.

[5]) B. Bl. 1885, I, 441.

ordnen[1]); aus polizeilichen, namentlich gesundheitspolizeilichen, der Bund[2]) oder die Kantone in ihrem jeweiligen Kompetenzkreise (vgl. unten Art. 69 und 69[bis]), letztere natürlich nur an der Kantonsgrenze; als zollpolitische Massregel ist der Bund dazu kompetent. Es ist nicht anzunehmen, dass der Bund, dem durch das Recht, die Zölle festzusetzen, der mächtige Einfluss auf das wirtschaftliche Leben der Schweiz eingeräumt wurde, nicht auch jenes extreme Mittel, wenn es ihm tunlich scheint, solle zur Anwendung bringen können; da die Kantone dazu nicht kompetent sind, würde die Verweigerung nur eine Schwächung der internationalen Stellung der Schweiz herbeiführen. Das Gleiche ist von Exportprämien zu sagen. Auch diese gehören zur Rüstkammer der Zollpolitik und folglich in die Kompetenz des Bundes[3]).

3. Die Bundesbehörden hatten sich mehrmals mit der Gültigkeit von *Holzausfuhrverboten* zu befassen; in den meisten Fällen handelte es sich um Vorschriften besonderer Korporationen; sie wurden geschützt, weil sie forstpolizeiliche Massregeln und Bestimmungen des Eigentümers selbst über die Benutzung seines Waldes seien. Die erste Erwägung reicht indessen nicht aus, um ein Ausfuhrverbot zu rechtfertigen, denn es gibt andere, zweckmässigere Massregeln zur Erhaltung des Waldes, und die zweite kann nur gegen die Korporationsgenossen, nicht gegen Dritte gelten[4]). Um so weniger können Ausfuhrverbote von politischen Gemeinden oder Kantonen für ihre Waldungen oder für alle Waldungen ihres Gebietes geschützt werden[5]).

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass *Ausfuhrgebühren* auf Holz auch nicht aus dem Grunde zu rechtfertigen sind, weil sie dazu dienen, die Kosten der Forstpolizei zu decken; sonst könnten mit gleichem Grunde die verschiedenartigsten Aus- und Einfuhrgebühren wieder erhoben werden[6]).

Vom Standpunkt des Besteuerten aus stellt sich die Errichtung solcher Verkehrsschranken als eine Verletzung seiner Handels- und Gewerbefreiheit dar, und wenn er sich beschweren will, muss er diese

---

[1]) Z. B. Ausfuhrverbot von Pferden und Waffen; vgl. Art. 19, Abs. 3, B. V. und Art. 185 M. O.

[2]) B. Ges. betr. den Zolltarif vom 10. Okt. 1902, Art. 15, Abs. 1; vgl. z. B. B. R. B. vom 10. Okt. 1899 i. S. Straub-Gasser betr. Vieheinfuhr, B. Bl. 1899, V, 11, der im übrigen sehr anfechtbar ist; Einfuhrverbot von Zündhölzchen durch B. Ges. vom 2. Nov. 1898, A. S. XVII, 76. — Bund und Kantone können auch die Einfuhr von Waren aus fiskalischen Gründen verbieten, nämlich, wenn die Produktion durch den Staat monopolisiert ist. Die Handelsverträge berücksichtigen in der Regel beide Fälle: vgl. Handelsvertrag mit dem Deutschen Reich, vom 10. Dez. 1891, Art. 1, Abs. 3 u. 4; Art. 8, Abs. 3—5; Schlussprotokoll zu Art. 1 u. 3, u. 8; mit Österreich-Ungarn, gl. D., Art. 1; mit Italien, vom 23. Januar 1889, Art. 5 u. 7.

[3]) Art. „Ausfuhrverbote" von *A. Studer*, in *Reichesbergs* Handbuch, I. 357. *Salis*, II, Nr. 441.

[4]) Vgl. *Ullmer*, II, Nr. 736, 738; B. R. B. vom 17. Nov. 1896 i. S. Brog-Baumann. Holzausfuhrverbot der Bäuert Meiringen. B. Bl. 1896, IV, 603. *Salis*, II, Nr. 750. B. R. B. vom 27. Jan. 1880, bestätigt durch die B. Vers. am 2. Juli 1880, i. S. J. Matter. B. Bl. 1880, I, 401 1881, II, 691. *Salis*, II, Nr. 750.

[5]) Vgl. *Ullmer*, II, Nr. 735, 737. Richtig: B. R. B. vom 3. April 1877 i. S. Gisler, B. Bl. 1878, II, 78. *Salis*, II, Nr. 749. Es ist auch verfassungswidrig, wenn nur für Holzschläge, die zum Wegflössen aus einem bestimmten Bezirk oder zum Holzhandel und zur Ausfuhr aus dem Kanton bestimmt sind, eine obrigkeitliche Bewilligung erforderlich ist. Der B. R. hat anders entschieden am 17. August 1897 i. S. Bürki, B. Bl. 1897, IV, 59; 1898, I, 453. B. Ger. XXIII, 473. *Salis*, II, Nr. 749.

[6]) Unrichtig: B. R. B. vom 10. Okt. 1899 i. S. Molinari, Gemeinde Brusio, B. Bl. 1899, V, 26; vgl. B. R. B. vom 10. April 1896, B. Bl. 1896, II, 1067. *Salis*, II, 630.

geltend machen; er hat kein subjektives Recht darauf, dass die Kantone nicht durch Anmassung von Zollhoheitsrechten in das Kompetenzgebiet des Bundes übergreifen [1]).

4. Die Kompetenz des Bundes auf Grund von Art. 28 B. V. umfasst sowohl die Gesetzgebung über das Zollwesen als die *Vollziehung;* der Bund stellt nicht bloss die Zolltarife fest, er erlässt auch organisatorische Vorschriften über die Erhebung der Zölle, Strafbestimmungen gegen Übertretungen der Zollgesetze und regelt das Verfahren zur Verfolgung der Übertretungen, soweit es vor Gerichtsbehörden des Bundes stattfindet oder administrativer Natur ist [2]).

Art. 29.

Bei Erhebung der Zölle sollen folgende Grundsätze beachtet werden:

1. Eingangsgebühren:

a) Die für die inländische Industrie und Landwirtschaft erforderlichen Stoffe sind im Zolltarife möglichst gering zu taxieren.

b) Ebenso die zum nötigen Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände.

c) Die Gegenstände des Luxus unterliegen den höchsten Taxen.

Diese Grundsätze sind, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, auch bei Abschliessung von Handelsverträgen mit dem Ausland zu befolgen.

2. Die Ausgangsgebühren sind möglichst mässig festzusetzen.

3. Durch die Zollgesetzgebung sind zur Sicherung des Grenz- und Marktverkehrs geeignete Bestimmungen zu treffen. Dem Bunde bleibt immerhin das Recht vorbehalten, unter ausserordentlichen Umständen, in Abweichung von vorstehenden Bestimmungen, vorübergehend besondere Massnahmen zu treffen.

---

[1]) Die in der vorhergehenden Note zitierte Entscheidung ist auch in diesem Punkte unrichtig. Vgl. B. Ger. 20. Febr. 1892, XVIII, 13 (uneigentlicher Durchgangszoll).

[2]) Bundesgesetz über das Zollwesen, vom 28. Juni 1893, A. S. XIII, 692; Bundesgesetz betr. das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze, vom 30. Juni 1849; G. O. Art. 125 ff.

I. Geschichte.

Als im Jahre 1848 die Revisionskommission die Übertragung der Zollhoheit auf den Bund beriet, wurde stets von neuem auf die Gefahren eines Prohibitivsystems aufmerksam gemacht und empfohlen, Garantien gegen die Einführung eines Schutzzollsystems aufzustellen, z. B. das Erfordernis der ²/₃ Mehrheit der B. Vers. zur Erhöhung des Tarifs, die Errichtung einer eigenen Behörde für das Zollwesen; die leichte Vermehrung der Einnahmen durch Zollerhöhung habe so viel Verführerisches, dass man die Zolleinnahmen als die Hauptquelle der Staatseinnahmen betrachten werde. Die 3. Sektion beantragte folgende Beschränkungen der Zollgesetzgebung des Bundes: Begünstigung der Rohstoffe und Farbwaren; Verbot des Schutzzolles und Prohibitivsystems ausser als Wiedervergeltung; mässige Durchgangsgebühren; Bestimmungen zum Schutz des Grenz- und Marktverkehrs. — Von anderer Seite wurde beantragt: Die für die inländische Industrie erforderlichen Stoffe sind möglichst gering zu taxieren; ebenso die zum notwendigen Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände. Die Ansätze für die Produkte fremder Industrie sind je nach dem Bedürfnisse der inländischen Konsumtion und der Konkurrenz der ausländischen Industrie zu regeln. — Die Gegenstände des Luxus unterliegen den höchsten Steuern. — Die Durchgangsgebühren sollen mässig sein.

In Anlehnung an diese Anträge formulierte die Kommission ihren Antrag, von dem der endlich angenommene Art. 25 der B.V. von 1848 nur insofern erheblich abwich, als in Ziffer 2 neben den Durchgangs- auch die Ausgangsgebühren erwähnt wurden, und als der letzte Absatz lautete: «Auf diese Vorschriften gegründet, ist der Zolltarif so festzusetzen, dass durch die neuen Zölle, ohne Einbusse für die Bundeskasse, die Vergütungen nach den Vorschriften des nächstfolgenden Artikels geleistet werden können»[1].

Die Anträge, den Kantonen mit Salzregal die freie Einfuhr von Salz zu garantieren, die Handwerksartikel zum Schutze des inländischen Handwerkerstandes gleich wie Luxusartikel zu taxieren, und die Waren vorzugsweise nach ihrem Werte zu tarifieren, blieben alle in Minderheit[2].

Art. 25 der Verfassung von 1848 lautete:

«Bei Erhebung der Zölle sollen folgende Grundsätze beachtet werden:

1. Eingangsgebühren:

a) Die für die inländische Industrie erforderlichen Stoffe sind im Zolltarif möglichst gering zu taxieren.

b) Ebenso die zum notwendigen Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände.

c) Die Gegenstände des Luxus unterliegen der höchsten Taxe.

2. Durchgangsgebühren, und in der Regel auch die Ausgangsgebühren, sind möglichst mässig festzusetzen.

---

[1]) Vgl. *Kaiser* u. *Strickler*, T., S. 278. Die zur Prüfung der sog. materiellen Fragen niedergesetzte Kommission schlug anstatt dessen vor: „Infolge der Zentralisation des Zollwesens werden die schweizerischen Grenzgebühren mit den nach Art. 28 neu einzuführenden Grenzzöllen vereinigt." Absch. 1847, IV. Beilage F.

[2]) Eidg. Absch. 1847, IV. S. 205 ff., 254.

3. Durch die Zollgesetzgebung sind zur Sicherung des Grenz- und Marktverkehrs geeignete Bestimmungen zu treffen.

«Dem Bunde bleibt immerhin das Recht vorbehalten, unter ausserordentlichen Umständen, in Abweichung von vorstehenden Bestimmungen, vorübergehend besondere Massnahmen zu treffen.»

Im Jahre 1871 strich die N. R. K. die Ziffer 2[1]). Die St.R.K. stellte den Passus wieder her, unter Weglassung der Durchgangsgebühren, da dieselben bereits beseitigt seien. In Ziffer 1*a* wurden nach «Industrie» die Worte: «und Landwirtschaft» eingeschaltet und damit zugleich der Antrag abgelehnt, zu sagen, Stoffe *und Maschinen*, da dies offenbar gegen die Absicht des Artikels verstosse, indem derselbe nur die Rohstoffe möglichst wenig belasten, dagegen die menschliche Arbeit des Auslandes in ein entsprechendes Verhältnis zur inländischen Arbeit setzen wolle[2]).

Der letzte Absatz der Ziffer 1 betreffend Handelsverträge, ohne den Zwischensatz, wurde im N. R. beigefügt[3]), nachdem der gleiche Antrag schon in der N. R. K. gestellt worden war.

1873 wurde vom B. R. und von beiden Kommissionen die Streichung jenes Absatzes beantragt, weil man der Exekutive beim Abschluss von Handelsverträgen nicht die Hände binden dürfe; dem widersetzte sich aber *Kaiser* im N. R., so dass schliesslich der vermittelnde Antrag angenommen wurde, die Worte einzuschalten: «wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen»[4]).

II. Auslegung[5]).

Art. 29 stellt sich seiner Entstehung nach als eine Beschränkung dar, welche die auf ihre Zollhoheit verzichtenden Kantone ihrem Rechtsnachfolger, dem Bunde, auferlegen, eine Kautel gegen möglichen Missbrauch der gefährlichen Waffe der Zollerhebung. Der Bund soll dabei gewisse Maximen befolgen, die ihm die Verfassung als Grundsätze für seine Zollpolitik vorzeichnet: niedrige Versteuerung der für Industrie und Landwirtschaft erforderlichen eintretenden Rohstoffe, im Gegensatz zu Manufakturwaren; niedrige Besteuerung der zum Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände, im Gegensatz zu Luxusgegenständen, die am höchsten taxiert werden sollen.

Die Verfassung gibt zunächst das Verhältnis an, das zwischen der Zollbelastung der verschiedenen Waren bestehen soll, ohne es ziffermässig festzulegen; sie gibt sodann für die zwei unter Ziffer 1, lit. *a* u. *b*, erwähnten Warenkategorien eine absolute Norm an, die einem allgemein formulierten Postulat des Freihandels gleichkommt. Es ist aber klar, dass dem Bund keine unbedingt verbindlichen Vorschriften gegeben werden konnten; höchste Vorschrift soll für ihn stets das Wohl des Landes sein, und dieses kann je nach den allgemeinen Konjunkturen des internationalen Güteraustausches oder der Zollpolitik anderer Länder

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 108, 109.
[2]) Prot. der St. R. K., S. 70—71, 111, 129.
[3]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 99. Es wurde auch beschlossen, die Durchgangszölle abzuschaffen, später aber wieder darauf zurückgekommen.
[4]) Prot. der eidg. Räte 1873/1874, S. 52, 321.
[5]) *Salis*, III, Nr. 1389.

eine Erhöhung der schweizerischen Zölle fordern, die dem System der B.V. nicht entspricht. Die B.V. hat diese Möglichkeit einmal dadurch angedeutet, dass sie in Ziffer 1, lit. *a* u. *b*, «möglichst geringe» Eingangsgebühren fordert, welche Grundsätze auf Handelsverträge angewendet werden sollen, «wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen», und dass sie in Ziffer 2 «möglichst mässige» Ausgangsgebühren vorschreibt; sodann durch den letzten Satz des Artikels. Die ersteren Vorschriften postulieren trotz ihrer Elastizität relativ freihändlerische Zölle; die letztgenannte gestattet eine zeitweise Abweichung davon [1]).

Der Bund hat bisher diese Vorschriften befolgen können, wenn auch die gesetzlichen Zolltarife vom 26. Juni 1884 [2]), revidiert den 17. Dez. 1887, 10. April 1891 [3]) und vom 10. Okt. 1902 [4]), eine schrittweise Erhöhung der Eingangsgebühren gebracht haben, die allerdings durch die Handelsverträge wieder gemässigt wurde [5]).

Die Schweiz bezieht gegenwärtig nur wenig und niedrige *Ausgangsgebühren* und keine *Durchgangsgebühren* [6]).

In Anwendung des 1. Satzes des letzten Absatzes von Art. 29 B.V. gewährt das Bundesgesetz betr. Zollwesen in Art. 6 Erleichterungen für das zur Sömmerung ein- oder ausgeführte Vieh, Art. 7 für Enklaven, und Art. 3, lit. *d, e, m—q,* Zollbefreiungen zur Erleichterung des Grenzverkehrs und der Bebauung von landwirtschaftlichen Grundstücken innerhalb einer Zone von 10 Km. von der Grenze; Art. 8 ermächtigt den B. R., weitere Erleichterungen zu gewähren [7]).

Art. 30.

Der Ertrag der Zölle fällt in die Bundeskasse.

Die den Kantonen bisher bezahlten Entschädigungen für die losgekauften Zölle, Weg- und Brücken-

---

[1]) Vgl. Art. 35, 1, Abs. 2, Art. 4, des Bundesgesetzes über das Zollwesen, vom 28. Juni 1893, A. S. XIII, 692; Art. 3 u. 4 des Bundesgesetzes vom 10. Okt. 1902 betr. den Zolltarif. Diese Bestimmungen sehen unter ausserordentlichen Umständen auch die Erhebung von Transitgebühren vor. Andere solche Massnahmen sind die Differenzialzölle (Kampfzölle), wie sie der B. R. während des Zollkrieges mit Frankreich durch Beschluss vom 27. Dez. 1892, A. S. XIII, 233, aufstellte; auch da aber liess er die Grundsätze der lit. *a* u. *b*, Art. 29. gelten, indem er für die dort genannten Warengattungen keine Zollerhöhung eintreten liess. *Reichesberg,* Handbuch, I, 788.

[2]) Vgl. über die Verhandlungen *Blumer-Morel,* II, 380 ff.; Botschaft vom 3. Nov. 1882, B. Bl. 1882, IV, 263.

[3]) Botschaft vom 2. Mai 1890, B. Bl. 1890, II, 831; B. Bl. 1892, II, 205. *Droz,* Essais économiques, S. 29, 35, 75.

[4]) Botschaft vom 12. Febr. 1902, B. Bl. 1902, I, 481.

[5]) Vgl. die hauptsächlich statistischen Angaben in *Furrers* Lexikon über „Einfuhr" und „Einfuhrzölle" 1850 - 1884, I, 475, 481; „Stückzölle", II, 282.

[6]) Vgl. Bundesgesetz betr. den Zolltarif vom 10. Okt. 1902, Tarif, lit. *B*; betr. Ausgangszölle: *Reichesbergs,* Handbuch, I, 359; betr. Durchgangszölle: *Ibid.* S. 828.

[7]) Vgl. damit übereinstimmend Art. 7, lit. *d, e, m—q*; 15, Abs. 2, 16, 17 des Bundesgesetzes betr. den Zolltarif vom 10. Okt. 1902; Handelsvertrag mit dem Deutschen Reich, vom 10. Dez. 1891, Art. 5, 4, Anlage *C*, und Schlussprotokoll dazu; und zu Art. 5 Handelsvertrag mit Österreich, vom gl. D., Art. 4, 9, 10, uud Zusatzartikel; vgl. auch die Übereinkunft mit Frankreich, vom 23. Febr. 1882, über grenznachbarliche Verhältnisse, A. S. VI, 468, nebst Zusatzartikel vom 25. Juni 1895. A. S. XV, 218, und Übereinkunft mit Frankreich, vom 14. Juni 1881, über die Zollverhältnisse zwischen dem Kanton Genf und der freien Zone von Hochsavoyen, A. S. VI, 515, sowie Arrangement vom 15. Juni 1895 betr. des pays de Gex, A. S. XV, 204.

gelder, Kaufhaus- und anderen Gebühren dieser Art fallen weg.

Ausnahmsweise erhalten die Kantone Uri, Graubünden, Tessin und Wallis, mit Rücksicht auf ihre internationalen Alpenstrassen, eine jährliche Entschädigung, welche in Würdigung aller Verhältnisse festgestellt wird wie folgt:

Für	**Uri . . . .**	**Fr. 80,000**
»	**Graubünden . . . .**	**» 200,000**
»	**Tessin . . . . . .**	**» 200,000**
»	**Wallis . . . . . .**	**» 50,000**

Für Besorgung des Schneebruchs auf dem St. Gotthard erhalten die Kantone Uri und Tessin eine jährliche Entschädigung von zusammen 40,000 Franken für so lange, als die Strasse über den Bergpass nicht durch eine Eisenbahn ersetzt sein wird.

I. Geschichte.

Art. 30 ist aus dem bei Art. 28 angeführten Art. 26 der B. V. von 1848 hervorgegangen, daher die Vereinigung so verschiedenartiger Regeln im gleichen Artikel. Während damals der Ertrag der Zölle in erster Linie dazu verwendet wurde, die Kantone zu entschädigen, und nur die Mehreinnahme in die Bundeskasse fiel, fällt heute umgekehrt die ganze Einnahme in die Bundeskasse und ist von den Entschädigungen an die Kantone nur ein kleiner Rest geblieben. Als im Jahre 1871 ein neuer finanzieller Ausgleich zwischen Bund und Kantonen vorgeschlagen wurde, erschien es billig, den ohnehin ärmeren Kantonen, die auf ihrem Gebiet wichtige Alpenstrassen gebaut und nun zu unterhalten hatten, und die 1848 ihre zur Deckung dieser Kosten aufgestellten Wegegelder und Zölle gegen jährliche Entschädigungen umgetauscht hatten, diese Einnahmen nicht schlechthin zu entziehen. Es wurde daher schon in der N. R. K. vorgeschlagen und beschlossen, den vier Kantonen mit Rücksicht auf ihre internationalen Alpenstrassen die Zollentschädigungen in einem durch B. Ges. zu bestimmenden Umfange weiter zu entrichten [1]. — In der B. Vers. verlangten die Vertreter der beteiligten Kantone, dass der Massstab der Entschädigung in der Verfassung selbst präzisiert werde. Der B. R. wurde hierauf um sein Gutachten ersucht, und er führte folgendes aus: In Betracht kommen nur die Strassen über den Simplon, den Gotthard, den Splügen, den Bernhardin und den

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 111.

Julier samt Maloja; nicht dagegen die Furka-, die Axen- und Oberalpstrasse und das bündnerische Strassennetz, deren Unterhalt den betr. Kantonen durch die B. B., welche ihnen Bundesbeiträge erteilten, ausdrücklich überbunden wurde. Es seien verschiedene Massstäbe der Entschädigung vorgeschlagen worden: die bisherigen effektiven Unterhaltskosten laut Staatsrechnung, oder die Strassenlänge nach einheitlichem Massstab, oder diejenigen Beträge, welche die 4 Kantone auf Grund der bisherigen Zollskala über den durchschnittlichen Betrag der anderen Kantone hinaus bezogen haben, mit Rücksicht auf ihre Strassen, oder nach arbiträr bestimmter Quote auf den Kopf der Bevölkerung (Wirth-Sand), nämlich für Uri Fr. 3, für Graubünden Fr. 2. 25, für Tessin Fr. 1. 50, für Wallis 75 Cts., oder nach der Einbusse, welche die Kantone durch den Wegfall der Zoll- und Postentschädigungen, sowie der Militärsteuern unter Abzug der Militärlasten erleiden, oder endlich nach Massgabe der für ähnliche Strassen vom Bunde später geleisteten Beiträge (²/₃ der Baukosten). Der B. R. sprach sich für den dritten Massstab aus. Die Kommission des N. R. und der Rat selbst waren damit grundsätzlich einverstanden, zogen es aber der Klarheit halber vor, die Summen in der Verfassung in Ziffern festzusetzen. Es werde damit nicht ein zweiseitiges Vertragsverhältnis begründet, sondern ein verfassungsrechtliches, das so lange dauern werde, als die Verfassung nicht abgeändert würde. Die Beträge wurden sodann wie heute festgesetzt, mit Ausnahme von Wallis, das nur Fr. 70,000 erhielt[1]. — Aus den Verhandlungen von 1873/74 ist zu erwähnen, dass der Antrag, den Bund zu ermächtigen, die Entschädigungen der vier Kantone im zwanzigfachen Betrage loszukaufen, abgelehnt wurde[2].

Was die an Uri und Tessin zu leistende Entschädigung für den Schneebruch auf dem Gotthard betrifft, so hatte der Bund seit 1852 anlässlich der Feststellung der Zollentschädigungen den Schneebruch selbst übernommen und dafür die Entschädigung von Uri um Fr. 8000, diejenige von Tessin um Fr. 10,000 herabgesetzt; mit der Zollentschädigungspflicht des Bundes musste auch diese Besorgung hinwegfallen. Zum Ersatz wurde vorgeschlagen, den beiden Kantonen eine Entschädigung von je Fr. 20,000 zu entrichten für so lange, als die Eisenbahn nicht gebaut sei, und so wurde beschlossen[3].

II. Auslegung.

Abs. 1 schreibt in gebietender Weise vor, dass der Ertrag der Zölle in die Bundeskasse falle, d. h., dass er für die Ausgaben des Bundes verwendet werden solle. Die Verfassung wollte die Staatseinnahmen so auf Bund und Kantone verteilt haben mit Rücksicht auf die neue Verteilung der staatlichen Lasten und Aufgaben. Eine Überweisung von Zolleinnahmen an die Kantone nach dem Muster der Frankensteinschen

---

[1]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 102, 378 ff., 508 ff. Prot. des St. R. vom 8. und 9. Februar 1872. Bericht des B. R. betr. die Entschädigung der Kantone mit Alpenstrassen, vom 31. Januar 1872, B. Bl. 1872, I, 199.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 85 ff., 178, 238, 322. Das Markten nahm kein Ende!

[3]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 381, 512, 517. Bericht des B. R. vom 13. Januar 1872 betr. Aufhebung der Zollentschädigungen, B. Bl. 1872, I, 83. Prot. des St. R. v. 8. und 9. Febr. 1872.

Klausel wäre daher nach schweizerischem Verfassungsrecht ebensowenig zulässig, als sie es nach deutschem ist[1]). Das Verfassungswidrige läge nicht darin, dass eine bestimmte Einnahme des Bundes an die Kantone gewiesen würde, sondern darin, dass sie ohne Zweckbestimmung an die Kantone herausgegeben würde; zur Leistung eines von der B. V. vorgesehenen Beitrages könnte der Bund dagegen eine bestimmte Bundeseinnahme bezeichnen; es wäre dies die Spezialisierung der Verwendung einer Einnahme zu einem besonderen Bundeszweck, eine finanzpolitische Massregel. Sobald die Einnahme für einen Bundeszweck verwendet wird, fällt sie juristisch gesprochen in die Bundesksase.

Im Jahre 1894 wurde durch den sog. «Beutezug» der Versuch gemacht, auf dem Wege der Verfassungsrevision einen solchen Ausgleich zu gunsten der Kantone herbeizuführen. 71,461 Bürger reichten das Initiativbegehren ein, es sei in die B. V. folgende Bestimmung als Art. 30[bis] aufzunehmen:

«Der Bund hat den Kantonen vom Gesamtbetrag der Zölle alljährlich Fr. 2 per Kopf, nach Massgabe der durch die jeweilige letzte eidgenössische Volkszählung ermittelten Wohnbevölkerung, zu verabfolgen. Diese Verfassungsbestimmung tritt zum ersten Mal in Wirksamkeit für das Jahr 1895.».

Sowohl B. R. wie B. Vers. sprachen sich gegen die Initiative aus, aus finanziellen und politischen Gründen[2]). Das Volk und die Stände verwarfen die Vorlage mit 350,639 gegen 145,462 St., und 13½ gegen 8½ Standesstimmen[3]).

Abs. 2 berichtet nach Abs. 1 bloss noch eine historische Tatsache.

Abs. 3 weist den Kantonen Uri, Graubünden, Tessin und Wallis eine jährliche «Entschädigung» zu mit der Auflage, dass sie ihre internationalen Alpenstrassen in gehörigem Zustande erhalten (Art. 37, Abs. 2). Wenn auch die B. V. selbst diese ausnahmsweise Unterstützung mit der «Rücksicht auf ihre internationalen Alpenstrassen» rechtfertigt, so ist damit nicht gesagt, dass die angeführten Summen nur eine Entschädigung für die Kosten der Unterhaltung jener Alpenstrassen und für die Amortisation des Baukapitals sein sollen, und noch weniger, dass sie in der Meinung der Verfassung von den 4 Kantonen nur für diesen Zweck verwendet werden dürfen[4]). Die Kantone sollten weit mehr für die im Jahre 1848 weggefallenen Zolleinnahmen, in gewissem Masse wie von 1848 bis 1874, weiter entschädigt werden, woran allerdings die genannte Auflage geknüpft ist.

Die weitere, nach Abs. 4 an die Kantone Uri und Tessin zu leistende Entschädigung von Fr. 40,000 ist allerdings speziell als Entschädigung für die Besorgung des Schneebruchs auf dem St. Gotthard gedacht, ist aber juristisch gleich zu behandeln wie die anderen. Der B. B. vom 22. Dez. 1874 (A. S. I, 219) hatte von den Fr. 40,000 dem Kanton Uri Fr. 16,370, dem Kanton Tessin 23,630 zugeteilt, wovon Fr. 6628. 40, näm-

---

[1]) *Laband,* IV, 477.

[2]) B. Bl. 1894, II, 330, 657; Botschaft des B. R., B. Bl. 1894, II, 832; Bericht der Minderheit der N. R. K., B. Bl. 1894, III. 58. B. B. vom 28. Juni 1894, B. Bl. 1894, III, 154. St. B. IV, (1894), S. 37, 141 ff.

[3]) B. Bl. 1894, IV, 553.

[4]) Die diesbezüglichen Kosten der Kantone sind nicht so gross, B. Bl. 1884, II, 66.

lich 2712. 38 für Uri und 3916. 02 für Tessin als Entschädigung für den Schneebruch vom 1. Juli bis Dezember betrachtet wurden; seit der Eröffnung der Gotthardbahn im Juni 1882 wurde letztgenannter Betrag nicht mehr geleistet, und mit 1883 fiel auch der übrige Betrag dahin[1].

Betreffend die Aufsicht über die Alpenstrassen s. Art. 37.

Art. 31.

Die Freiheit des Handels und der Gewerbe ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet.

Vorbehalten sind:

a) Das Salz- und Pulverregal, die eidgenössischen Zölle, die Eingangsgebühren von Wein und anderen geistigen Getränken, sowie andere vom Bunde ausdrücklich anerkannte Verbrauchssteuern, nach Massgabe des Art 32.

b) Die Fabrikation und der Verkauf gebrannter Wasser, nach Massgabe des Art. 32bis.

c) Das Wirtschaftswesen und der Kleinhandel mit geistigen Getränken, in dem Sinne, dass die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen unterwerfen können.

d) Sanitätspolizeiliche Massregeln gegen Epidemien und Viehseuchen.

e) Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe, über Besteuerung des Gewerbebetriebes und über die Benutzung der Strassen. Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen.

I. Geschichte.

Die Bestimmungen der *Mediationsverfassung* und des *Bundesvertrages von 1815* über freien Kauf sind schon bei Art. 28 angeführt worden.

[1]) B. Bl. 1881, IV, 144; 1882, II, 83; 1883, II, 94

Die Tagsatzung suchte den Grundsätzen des Vertrages Anerkennung zu verschaffen, nebst anderen durch die Beschlüsse vom 15. Juli 1818, vom 13. Juli 1819 und vom 26. Juli 1831. Im ersten verwahrte sich die Tagsatzung dagegen, dass die polizeilichen Verfügungen der Kantone gegen Wucher und Vorkauf in Sperranstalten von Kanton gegen Kanton ausarten; der Vorort werde gegen solche Verfügungen auf begründete Beschwerde hin seine Einwirkung gegen den Kanton eintreten lassen, der solche unzulässige Verfügungen treffen werde[1]. Nach dem zweiten sollte ein Ausfuhrverbot von Getreide und anderen Lebensmitteln nach dem Auslande nur als Retorsionsmassregel oder unter ausserordentlichen Umständen statthaft sein und mit Zustimmung des Vorortes oder der Tagsatzung; kein Kanton sollte die Durchfuhr von ausländischem, nach einem andern Kanton bestimmten Getreide und von Lebensmitteln hemmen oder erschweren[2]. — Der dritte erklärte, der Verkehr mit Lebensmitteln, Landes- und Industrieerzeugnissen, wie auch Kaufmannswaren, müsse im Innern der Eidgenossenschaft im vollesten Sinne des Wortes frei sein und dürfe auf keine Weise gehemmt werden; alle von der Tagsatzung nicht genehmigten Zölle, Weg- und Brückengelder auf Waren eines anderen Kantons seien unzulässig. Auf Beschwerde eines Kantons werde der Vorort gegen den beklagten Kanton seine Einwirkung um Aufhebung der unzulässigen Verfügungen eintreten lassen und im Weigerungsfalle werde die Tagsatzung entscheiden[3]. Es waren dies aber rein platonische Erklärungen über Grundsätze, die zu ihrer Verwirklichung eine Reform der kantonalen Ein- und Ausgangsgebühren forderten, welche Reform nie zu stande kam. Der Beschluss von 1831 war übrigens nicht mit allen Standesstimmen gefasst worden, und eine stets wachsende Minderheit erklärte ihn für unverbindlich, da ein Artikel des Bundesvertrages nicht durch die Mehrheit in einer für alle verbindlichen Weise ausgelegt werden könne[4].

Die *Entwürfe von 1832 und 1833* nahmen den Inhalt jener Beschlüsse teilweise auf. Der Entwurf von 1832 behandelte die Handelsfreiheit und die Zollhoheit in besonderen Artikeln; den Sätzen des Bundesvertrages über die Handelsfreiheit fügte er hinzu, dass die Polizeiverfügungen der Kantone nie in Sperranstalten ausarten dürfen, und behielt gegenüber dem Grundsatze die eidgenössischen Zölle, sowie, was nicht neu war, die Verbrauchssteuern der Kantone vor. — Der Entwurf von 1833 machte einen ersten Vorbehalt zu gunsten der «Kantonalgesetze, welche rein polizeiliche Verfügungen und die Gewerbebesteuerung betreffen», ohne die Polizeiverfügungen gegen Wucher und schädlichen Vorkauf besonders zu erwähnen; diese Verfügungen sollten, wie bisher, die nämlichen sein für die eigenen Kantonsbürger und die Einwohner anderer Kantone und nie in Sperranstalten «oder Beschränkungen des freien Verkehrs» ausarten.

«Die Bundesbehörde hat bei sich ergebenden Klagen das Recht, Einsicht der diesfälligen Gesetze zu verlangen, sowie Abhülfe gegen Verfügungen, die dem Bunde und den Rechten anderer Kantone zuwiderlaufen würden, zu beschliessen.»

---

[1]) Off. Sammlung I, 279.
[2]) Off. Sammlung I, 281.
[3]) Off. Sammlung II, 253.
[4]) Absch. 1839, 249 f.

Ein weiterer ausdrücklicher Vorbehalt wurde zu gunsten der kantonalen Zölle, Weg- und Brückengelder gemacht.

In der *Revisionskommission von 1847* wurde die Frage der Handelsfreiheit im Anschlusse an die Zollfrage behandelt, da das Erstrebenswerte damals vor allem die Befreiung des Güterverkehrs von den zahlreichen kantonalen zollartigen Gebühren schien. Die Kommission schlug der Tagsatzung folgende Bestimmung als Art. 30 vor:

«Für Lebensmittel, Vieh und Kaufmannswaren, Landes- und Gewerbserzeugnisse jeder Art sind freier Kauf und Verkauf, freie Ein-, Aus- und Durchfuhr von einem Kanton in den anderen gewährleistet.

«Vorbehalten sind:

a) Verfügungen der Kantone über die Ausübung von Handel und Gewerbe und über die Strassenpolizei.

b) Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf.

«Diese in lit. *a* und *b* bezeichneten Verfügungen müssen die Kantonsbürger und die Schweizerbürger anderer Kantone gleich behandeln, sind dem B. R. zur Prüfung vorzulegen und dürfen nicht vollzogen werden, ehe sie die Genehmigung desselben erhalten haben.

c) Die von der Tagsatzung bewilligten oder anerkannten Gebühren, welche der Bund nicht aufgehoben hat (Art. 24).

d) Die Konsumogebühren nach Vorschrift von Art. 32.»

Von den zahlreichen Abänderungsanträgen, die in der Tagsatzung gestellt wurden, seien erwähnt derjenige, das Besteuerungsrecht der Kantone, und derjenige, schützende Massregeln gegen Holzausfuhr vorzubehalten; beide wurden abgelehnt. Der Artikel wurde in der oben S. 256 wiedergegebenen Fassung als Art. 29 der B. V. von 1848 angenommen; Art. 30 wurde dort ebenfalls angeführt.

Die Verfassung von 1848 gewährleistete in Art. 29 den freien Handel nur von Kanton zu Kanton, nicht aber im Innern des Kantons und auch nicht die Freiheit der Gewerbsausübung; dagegen garantierte Art. 41 wenigstens die interkantonale Freizügigkeit der Gewerbetreibenden, als Bestandteil der Niederlassungsfreiheit[1]) (s. Art. 45). Der Zunftzwang, wie er in beschränktem Masse immer noch bestand, widersprach daher der Verfassung nicht[2]).

Als der B. R. in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 die Revision des Art. 29 vorschlug, ging er bewussterweise über diesen Rahmen hinaus und postulierte das Recht freier Berufs- und Gewerbsausübung für jeden Bürger. Sein Vorschlag lautete:

Art. 29. «Die Freiheit des Handels und Verkehrs, sowie das Recht freier Berufs- und Gewerbsausübung ist jedem Schweizerbürger im ganzen Umfang der Eidgenossenschaft gewährleistet.

«Vorbehalten sind:

a) Das Salz- und Pulverregal, die eidgenössischen Zölle und die vom Bunde anerkannten Gebühren (Art. 24 und 31), die Konsumogebühren von Wein und anderen geistigen Getränken (Art. 32).

b) Sanitätspolizeiliche Massregeln gegen Epidemien und Viehseuchen.

c) Verfügungen der Kantone über Ausübung von Handel und Gewerbe, über Besteuerung des Gewerbsbetriebs und über die Benutzung der Strassen.

---

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 51.

[2]) *Ullmer,* I, Nr. 48, 50. Vgl. Kreisschreiben des B. R. vom 11. Dez. 1874, B. Bl. 1874, III, 889, und Bericht des B. R. vom 9. Nov. 1883, B. Bl .1883, IV, 407. *Salis,* 2. Aufl., II, Nr. 734.

«Diese Verfügungen dürfen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit selbst nicht beeinträchtigen und sollen die Schweizerbürger anderer Kantone den eigenen Bürgern gleich behandeln.

d) Bundesgesetzliche Vorschriften über Erwerbung von Patenten für die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten.

«Den Kantonen bleibt freigestellt, zu bestimmen, ob für die Ausübung einer solchen Berufsart der Besitz eines Patentes erforderlich sei.»

Die N. R. K. von 1871 nahm keine wesentlichen Änderungen daran vor; sie übertrug aber zugleich in Art. 29 bis dem Bund die Kompetenz, über Gewerbebetrieb und Gewerbepolizei im allgemeinen Vorschriften aufzustellen[1]) (vgl. Art. *34*).

In der St. R. K. bemerkte der Referent über das Recht der Kantone, den Gewerbebetrieb zu besteuern, in manchen Kantonen sei die Ausübung einzelner Berufsarten an die Entrichtung einer Taxe oder Steuer (Patente) geknüpft; eine Verletzung des Grundsatzes der Handels- und Gewerbefreiheit würde darin liegen, wenn sie «hochgeschraubt» oder dazu angetan wären, den Gewinn ganz oder teilweise wegzunehmen, der mit der Ausübung des betr. Berufs verknüpft sein sollte. Der Vorbehalt betr. Verfügungen gegen schädlichen Vorkauf sei aus guten Gründen nicht mehr aufgenommen; bei den heutigen Transportmitteln können die früheren Gefahren und Übelstände eines Vorkaufs selbst der allernötigsten Waren nicht mehr bestehen. Der Handel und nötigenfalls das Vereinswesen würden sie bald beseitigen[2]). Zum Art. 29 bis beantragte er, die Kompetenz des Bundes zur Regelung des Gewerbebetriebes und der Gewerbepolizei zu streichen, indem die Vorschrift genüge, dass die kantonalen Verfügungen den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen dürfen. Darauf wurde erwidert, wenn man ein Fabrikgesetz wolle, so könne es schicklich auch auf den allgemeinen Gewerbebetrieb ausgedehnt werden; Verschiedenartigkeit in dieser Gesetzgebung belästige die Gewerbetreibenden, und nur wenn diese mit gleichen Waffen kämpfen, werde dem Bedürfnis in entsprechender Weise genügt. Die Mehrheit stimmte aber zum Antrag des Referenten[3]).

In den Beratungen des N. R. wurden die beiden letzten Absätze des Artikels über die Ausübung wissenschaftlicher Berufsarten zu einem besonderen Artikel gemacht; im übrigen wurde der Artikel der Kommissionen unverändert, beinahe in der Fassung von 1874 angenommen; über den Grundsatz der Gewerbefreiheit selbst wurde kaum gesprochen; sehr weitläufig dagegen über die Ohmgeldsfrage und über die Freizügigkeit der wissenschaftlichen Berufsarten[4]). — Während der Revisionsperiode von 1873—74 erlitt die Bestimmung die einzige Änderung, dass der letzte Satz keinen besonderen Absatz mehr bildete[5]).

Über die Zusätze der jetzigen lit. *b* und *c* vgl. Art. *32* bis.

Beizufügen ist noch, dass der B. R. durch Botschaft vom 25. Nov. 1892 (B. Bl. 1892, V, 366) der B. Vers. beantragte, in die B. V. einen Art. 34 ter folgenden Wortlauts aufzunehmen:

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 50, 77, 79.

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 31, 32.

[3]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 22, 24, 35.

[4]) Prot. des N. R. 1871/72, S. 112 ff., 531—544. Prot. des St. R vom 20. und 26. Jan. 1872 Bülletin, S. 85, 172.

[5]) Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 53, 323.

«Der Bund ist befugt, über das Gewerbewesen einheitliche Vorschriften aufzustellen.»

Die Annahme des neuen Verfassungsartikels hätte in der Meinung des B. R. nicht nur den Sinn gehabt, dass die Kompetenz, über das Gewerbewesen zu legiferieren, auf den Bund übergegangen wäre, sondern auch dass der Bund an den Grundsatz des Art. 31 nicht gebunden gewesen wäre[1]); er hätte z. B. auch die obligatorischen Berufsgenossenschaften einführen können. Die Räte nahmen die neue Verfassungsbestimmung am 20. Dez. 1893 in folgender Fassung an:

Art. 34 ter. «Der Bund ist befugt, auf dem Gebiete des Gewerbewesens einheitliche Vorschriften aufzustellen.»

Das Volk und die Stände verwarfen aber die Vorlage mit 158,492 Stimmen gegen 135,713 und 14½ Standesstimmen gegen 7½ (B. Bl. 1894, I, 28, 1025).

II. Auslegung.

1. Begriff der Handels- und Gewerbefreiheit[2]).

A. Anwendungsgebiet. Die vorliegende Verfassungsbestimmung gewährleistet den einzelnen Privatpersonen ein subjektives öffentliches Recht, ein Recht *gegenüber dem Staate,* im oben beschriebenen Sinne, und nicht gegenüber anderen Privatpersonen (B. Ger. XXI, 163).

Die privatrechtlichen Verhältnisse der Bürger unter sich bleiben dadurch unberührt. Art. 31 regelt nur die öffentlich-rechtliche Stellung der Gewerbetreibenden. Es ist daher nicht eine Frage der Handels- und Gewerbefreiheit, ob ein Grundeigentümer kraft seines Eigentumsrechtes die Ausübung eines Gewerbes ganz oder in bestimmter Weise, z. B. nachts, auf dem Nachbargrundstück verhindern könne oder ein Vermieter auf einem Grundstück kraft des Mietvertrages, B. R. B. vom 26. Juli 1902 i. S. Schweiz. Metallwerke Selve (B. Bl. 1902, IV, 121): Gerichtliche Untersagung des Nachtbetriebes von Walzwerken wegen Verletzung des Nachbarrechtes. *Salis,* II, 518 ff. B. R. B. 17. Sept. 1874 (B. Bl. 1875, II, 536): Verbot an Fremde und Beisassen, Strahlen (Kristall), Erz und andere Mineralien nicht nur, was zulässig, auf der Allmend des Bezirkes Uri, d. h. auf Korporationsgut, zu graben, sondern auch auf allem öffentlichen Grund und Boden des Kantons, während es Kantonsbürgern erlaubt war. *Salis,* II, Nr. 743; ebensowenig, wenn ein Gewerbetreibender von seinen Berufsgenossen nicht in ihren Verband aufgenommen oder von demselben wieder ausgeschlossen wird, B. R. B. 16. Sept. 1886 i. S. Scheitlin-Kuhn (B. Bl. 1887, II, 687). *Salis,* II, 534. B. Ger. XXII, 181, betr. Verruf eines Bäckers durch seine Fachgenossen-

---

[1]) Art. 31 brauchte dazu nicht revidiert zu werden, wie verschiedene Redner es damals annahmen, denn die Einschränkung eines Verfassungsgrundsatzes kann auch aus einer anderen Bestimmung hervorgehen als derjenigen, welche ihn aufstellt. Die derogierende Bestimmung sollte dann allerdings diese Meinung auch zum Ausdruck bringen, was hier nicht der Fall war. St. B., II, 207; III, 389 Natürlich konnte auch so vorgegangen werden, dass in Art. 31 eine neue Ausnahme vom Grundsatze, und zwar zu gunsten des Bundes, gemacht worden wäre, wie es die Minderheit der N. R. K. beantragte. St. B., III, 343. Es sind das Redaktionsfragen.

[2]) *Schollenberger,* Die schweiz. Handels- und Gewerbeordnungen, Zürich 1889; *Bertheau,* Die bundesrechtliche Praxis betreffend die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung. Zürich, Diss., 1895.

schaft; die Entscheidung leitet richtig das Recht auf freie Ausübung des Gewerbes nicht aus Art. 31 B.V. ab. B. Ger. XXI, 163; XXIV, II, 719; Art. 31 bezieht sich nur auf das Verhältnis der Staatsgewalt zu den Gewerbetreibenden. Die Beurteilung des vertraglich vereinbarten Konkurrenzverbotes ist aus dem gleichen Grunde vom Grundsatz der Gewerbefreiheit unabhängig, denn es handelt sich dabei nicht um einen Verzicht gegenüber dem Staate, der überall ungültig ist, sondern gegenüber einer Privatperson; die Gültigkeit einer solchen Abmachung beurteilt sich einzig nach Art. 17 O. R.[1]).

Etwas anders stellt sich die Frage nach der Gültigkeit der privatrechtlichen Normen selbst über die Rechtsgeschäfte, in deren Formen sich die Gewerbetätigkeit vollzieht, z. B. über Handlungsfähigkeit und Vertragsrecht, da hier dem Privaten nicht ein anderer Privater, sondern der gesetzgebende Staat gegenübersteht. Kann dieser durch die Art und Weise, wie er etwa die Handlungsfähigkeit der Ehefrau oder der Personenverbände oder die Form der Verträge, die Höhe des Zinsfusses, die Eigentumsübertragung an Mobilien und Immobilien regelt, der Handels- und Gewerbefreiheit zu nahe treten? Der Privatgesetzgeber kann sicher die Freiheit der Gewerbetreibenden durch formalistische und engherzige Regelung der Rechtsgeschäfte, deren sie sich bedienen, indirekt beschränken; die B.V. erblickt aber darin keine Verletzung ihres Grundsatzes, denn durch solche privatrechtliche Regelung werden erst die Voraussetzungen eines möglichen Gewerbebetriebes geschaffen, und diese Aufgabe gehört zur Kompetenz des Privatgesetzgebers, wenn auch die gegebene Lösung notwendigerweise die Freiheit der Gewerbeausübung mitbestimmt. Deshalb wurde mit Recht eine Beschwerde über gerichtliche Aufhebung eines Eigentumsvorbehaltes abgewiesen (B. R. B. 21. Juni 1888, B. Bl. 1888, III, 696; *Salis*, II, Nr. 744); ebenso eine Beschwerde über das Obwaldner Gesetz vom vierten Pfennig (Bezahlung oder Sicherstellung des 4. Teiles des Kaufpreises; B. Bl. 1882, I, 455. *Salis*, II, Nr. 745); deshalb sind auch die Gesetze über geistiges Eigentum keine Ausnahmen vom Grundsatze der Gewerbefreiheit, wie *Bertheau*, 126, annimmt. Am ehesten lässt sich an eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit denken bei Gesetzen über die Handlungsfähigkeit; wo ist da die Grenze zwischen dem durch Art. 31 unbeengten Zivilrecht und dem durch Art. 31 beherrschten Gewerberecht zu finden? so lange der Privatgesetzgeber nur die Fähigkeit normiert, private Rechtsgeschäfte einzugehen, z. B. Wechsel zu unterschreiben, Grundeigentum zu erwerben, überschreitet er sein eigenes Gebiet nicht, wohl aber, wenn er über die Fähigkeit, Handel und Gewerbe überhaupt oder ein bestimmtes Gewerbe zu betreiben, entscheidet; dann muss er auch dem Art. 31 B.V. Rechnung tragen. Es wurde z. B. mit Recht nach Art. 31 beurteilt, m. E. aber unrichtig, die Vorschrift von Appenzell I.-Rh., dass alleinstehenden Frauen kein Wirtschaftspatent mehr

---

[1]) B. Bl. 1882, II, 758, mit unklarer Begründung. Vgl. die b. ger. Entscheidungen: XV, 348; XVII, 306, 721; XIX, 381; XXI, 644; XXIII, 743. Das B. Ger. betrachtet das Konkurrenzverbot als gegen die guten Sitten verstossend, wenn es die Freiheit des Verpflichteten in so weitgehender Weise beschränkt, dass danach dessen wirtschaftliche Persönlichkeit als aufgehoben, ihrer naturgemässen Betätigung entzogen erscheint, also insbesondere dann, wenn sich das Verbot auf den vom Verpflichteten erlernten und ihm gewohnten Beruf bezieht und zeitlich und örtlich unbeschränkt ist.

erteilt werden soll (B. Bl. 1888, II, 743; *Salis*, II, Nr. 902, II. *Bertheau*, 104 f.). Ähnlich verhält es sich mit der Fähigkeit Minderjähriger, ein Gewerbe selber oder durch einen Vertreter auf ihren Namen zu betreiben; die gegebene Lösung kann möglicherweise dem Art. 31 B. V. zuwider sein.

Unter Handel und Gewerbe i. S. von Art. 31 B. V. ist *jede berufsmässige Erwerbstätigkeit* zu verstehen, nicht bloss eine spezifisch kaufmännische oder gewerbliche. Die Gewinnung von Naturprodukten, wie die Landwirtschaft und die Forstwirtschaft, der Verkehr mit Liegenschaften, die Verwertung künstlerischer oder wissenschaftlicher Leistungen, fallen auch unter den Begriff von Handel und Gewerbe. B. R. B. 1. Febr. 1895 i. S. verschiedener Feuerversicherungsgesellschaften (B. Bl. 1895, I, 211; B. Bl. 1878, I, 173; 1882, I, 435, Verkehr mit Liegenschaften, *Salis*, 1. Aufl., II, 141. B. Bl. 1875, II, 536, Kristallgraben). B. R. B. 13. Okt. 1893 i. S. Schädler (B. Bl. 1893, IV, 447, Jauchefuhrverbot, 1880, II, 149, Bestossung der Alpen; *Salis*, II, 506, 520, 533).

Es ist wohl anzunehmen, dass die B. V. nur die berufsmässige Ausübung von Erwerbshandlungen schützen wollte, nicht die gelegentlich ausserhalb der Berufssphäre geschlossenen Geschäfte oder geleisteten Dienste; dagegen sind auch die einzelnen Handlungen, deren Gesamtheit das Gewerbe ausmacht, und Nebenerwerbszweige gemeint.

Die Worte «Handel und Gewerbe» sind somit nicht in ihrem technischen Sinne genommen; wenn von der Gewerbefreiheit eine besondere *Handelsfreiheit* unterschieden werden wollte, so wäre es die Freiheit des Warenverkehrs von fiskalischen oder Prohibitivschranken; diese Freiheit besteht aber schon kraft Art. 28 B.V. Polizeiliche Beschränkungen des Verkehrs rechtfertigen sich aus den gleichen Gründen wie polizeiliche Beschränkungen des Gewerbes, sie können als lokale Beschränkungen der Handelsfreiheit betrachtet werden. Vgl. z. B. das Verbot des Verkaufes von Prämienlosen in einem Kanton, *Salis*, II, Nr. 764, I; 768; 769; das ausschliessliche Recht der Apotheker des Kantons, Arzneistoffe zu verkaufen, *Salis*, II, Nr. 795, 798.

B. Begriffsmerkmale. Es ist behauptet worden[1]), Art. 31 der B.V. enthalte keinen rechtlich bestimmbaren «Grundsatz», sondern nur eine allgemeine Maxime, in deren Richtung sich der Gesetzgeber mehr oder weniger weit bewegen könne, je nach seiner Anschauung über das Mass der zu gewährenden Freiheit. Diese Auffassung ist unrichtig: Art. 31 gibt nicht nur einen der beiden Pole an, zwischen denen sich die Regelung wirtschaftlicher Tätigkeit zu bewegen hat: Freiheit und Gebundenheit des Individuums; er fordert ein bestimmtes Minimum solcher Freiheit. Zweck der Bestimmung ist, jedem Bürger die freie Wahl und Ausübung seines Berufes zu sichern; jeder soll seine Erwerbskraft frei betätigen und verwerten können, d. h. er soll mit allen andern in freie Konkurrenz treten können; Art. 31 garantiert das wirtschaftliche System der freien Konkurrenz; wo diese aufgehoben wird, ist der Grundsatz der Gewerbefreiheit beeinträchtigt[2]). Zur freien Konkurrenz gehört aber 1. dass die Zahl der Gewerbetreibenden nicht gesetzlich beschränkt sei, sondern dass jeder unter bestimmten Bedingungen zur Ausübung

[1]) Namentlich von *G. Cohn*, Art. 31 der Schweiz. B. V., in der Zeitschr. für die gesamte Staatswissenschaft 1883, Bd. 39, S. 593.

[2]) Vgl. *Bertheau*, a. a. O., S. 107, wo nur zu kritisieren ist, dass die freie Konkurrenz bloss die *tatsächliche* Konsequenz des Art. 31 sein soll.

desselben zugelassen werde; 2. dass die Gewerbetreibenden in der Verwertung ihrer individuellen Kräfte nicht gehindert werden, d. h. dass sie nicht in der Verwertung ihrer Leistungen derart gebunden werden, dass der Abnehmer kein Interesse oder keine Möglichkeit hat, den einen vor dem andern zu bevorzugen; und 3. dass alle Gewerbetreibenden vom Gesetz gleich behandelt werden. Dieser Grundsatz erleidet aber zweierlei Ausnahmen: er findet auf gewisse, besonders vorbehaltene Gebiete überhaupt keine Anwendung, und auf denjenigen Gebieten, auf die er Anwendung findet, ist er in seiner Entwicklung beschränkt durch die Polizeigesetze; er kann sogar ganz aufgehoben werden, wenn es *polizeiliche* Rücksichten gebieten, ohne dass eine Verletzung der B. V. vorläge; das aber ist verfassungswidrig, dass er mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Wirkungen der freien Konkurrenz selbst aufgehoben oder eingeschränkt werde.

Die Einschränkungen können *rechtliche* oder *tatsächliche* sein; die rechtlichen sind diejenigen, welche das Recht, ein Gewerbe auszuüben, oder es auf bestimmte Art auszuüben, zum Gegenstande haben — also direkte Verbote gewisser gewerblicher Handlungen; die tatsächlichen sind diejenigen, welche das *Recht* der Gewerbeausübung ungeschmälert lassen, aber die wirtschaftlichen Bedingungen derselben erschweren, namentlich durch fiskalische Belastung, wie Steuern, Taxen, Gebühren, Verbrauchsabgaben und Zölle. Von diesen tatsächlichen Erschwerungen soll später die Rede sein.

a. Dem Grundsatz, *dass jedermann zur Ausübung jedes Gewerbes zugelassen werden soll,* widersprechen: die staatlichen Monopole, die privilegienartige Verleihung des Gewerberechts an Private, namentlich in der Form der Beamtung, und die Beschränkung der Zahl der zur Gewerbeausübung zugelassenen Privatpersonen.

Was die staatlichen **Monopole** betrifft, so behält die B. V. sowohl Monopole der Eidgenossenschaft wie der Kantone vor. Die eidgenössischen Monopolrechte sind das Pulverregal (Art. 31, lit. *a*, 41), das Banknotenmonopol (Art. 39), das Postregal mit Einschluss des Telegraphen- und Telephonregals (Art. 36), das Alkoholmonopol (Art. 32 bis) und in gewissem Sinne das Monopol des Eisenbahnbetriebs (sofern er das Recht dazu nicht durch Konzession an Private verleihen will), und die Kranken- und Unfallversicherung (Art. 34 bis)[1]. Die Monopolrechte des Bundes sind beschränkt auf die ihm durch die B. V. zugewiesenen; dagegen bleiben die Kantone nach Art. 3 B. V. kompetent, weitere Monopole einzuführen, sofern es Art. 31 nicht verbietet, was hier zu untersuchen ist.

Art. 31 behält den Kantonen ausdrücklich nur das Salzregal vor (und Art. 27 verbietet ihnen nicht, den Unterricht zu monopolisieren); es bestanden aber schon 1874 noch andere kantonale Staatsmonopole, die Art. 31 gewiss nicht aufheben wollte, z. B. das Bergregal[2], das Jagd- und Fischereiregal und in 16 Kantonen auch die obligatorische staatliche Immobiliarbrandversicherung[3]. Die Verfassungsmässigkeit dieser Monopole ist nie in Frage gestellt worden; und wenn sie in einigen Kantonen zu-

[1]) Dass die Münzausgabe ein staatliches Monopol sein muss, ist selbstverständlich, wenn die Münzen mit der Eigenschaft des gesetzlichen Zahlungsmittels ausgerüstet werden.

[2]) B. Bl. 1885, III, 325. *Salis*, I, 324.

[3]) Vom Wasser- und Strassenregal ist hier nicht zu sprechen, weil sie die Benutzung öffentlichen Grund und Bodens betreffen.

lässig sind, so müssen sie es in allen sein, auch in denjenigen, die sie 1874 noch nicht hatten, denn Art. 31 muss überall gleich angewendet werden[1]). Der B. R. erklärte daher mit Recht die Beschwerden einiger Versicherungsgesellschaften und später eines Versicherungspflichtigen gegen das Nidwaldner Gesetz vom 27. April 1884 betr. die obligatorische Immobiliarversicherung durch den Staat als unbegründet. *Salis*, V, Nr. 2380. Unrichtig war an der Begründung des älteren Entscheides vom 19. Aug. 1884 nur die Meinung, Art. 31 gelte nicht für das Versicherungsgewerbe. Auch die staatliche obligatorische Mobiliarversicherung bestand schon 1874 im Kanton Waadt; der B. R. wies im Jahre 1875 eine Beschwerde gegen dieselbe ab (B. Bl. 1876, II, 592; *Salis*, V, Nr. 2376), und es war nur konsequent, wenn er durch Beschluss vom 1. Februar 1895 auch das glarnerische Mobiliarversicherungsgesetz von 1894 als verfassungsmässig erklärte (B. Bl. 1895, I, 189; 1896, II, 41. *Salis*, V, Nr. 2381). Nach diesen Vorgängen muss man sich fragen, ob die Kantone nicht auch andere staatliche Versicherungsanstalten ins Leben rufen können, wie Hagel-, Vieh-, Arbeitslosenversicherung, und ob sie nicht auch auf anderen Gebieten die staatliche Fürsorge an Stelle der privaten Industrie setzen können. Bezüglich der kantonalen Versicherungsanstalten kann die Frage als gelöst gelten durch Art. 1, Abs. 5, des B. Ges. betr. Beaufsichtigung der Privatunternehmungen auf dem Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 (A. S. VIII, 171), welche Bestimmung die Rechtsbeständigkeit solcher Anstalten ihrer Entstehungsgeschichte nach wenigstens implicite anerkennt[2]). Diese schwierige grundsätzliche Frage hat der B. R. in seinem Rekursentscheid betr. das Glarner Versicherungsgesetz diskutiert, ohne zu einem klaren Ergebnis zu kommen. Die Versicherungsgesellschaften führten aus; das Staatsmonopol sei die Aufhebung der Gewerbefreiheit, und wenn es den Kantonen erlaubt wäre, beliebig neue Gewerbszweige zu verstaatlichen, so könnten sie den Art. 31 der B. V. illusorisch machen; sie beriefen sich ausserdem auf den Wortlaut des Art. 31, der keinen Vorbehalt zu gunsten staatlicher Versicherungsanstalten mache. Der Kanton Glarus verteidigte die Ansicht, Art. 31 wolle nur, im Gegensatz zum Rechtszustande von vor 1874, die Hindernisse beseitigen, die der freien Konkurrenz von Kanton zu Kanton oder im Innern des Kantons in den Weg traten, er garantiere nur die freie Konkurrenz, da wo sie überhaupt bestehe, nicht aber, dass sie auf einem bestimmten Gebiet bestehe; die Kantone seien nicht verhindert, im öffentlichen Interesse neue Wohlfahrtseinrichtungen einzuführen, sofern sie die Privattätigkeit nicht unterdrücken, um ein fiskalisches Unternehmen an deren Stelle zu setzen. Der B. R. erkannte die Richtigkeit dieser letzteren Unterscheidung an, wollte aber nicht zugeben, dass die Kantone im Namen der allgemeinen Wohlfahrt jede gewerbliche Tätigkeit an sich ziehen können.

M. E. ist zu gunsten der kantonalen Autonomie zu entscheiden. Art. 31 richtete sich nicht sowohl gegen staatliche Wohlfahrtseinrichtungen und Regale als gegen die illiberale Gewerbepolizei, nicht sowohl gegen die Ersetzung der Privattätigkeit durch staatliche Anstalten als

---

[1]) A. A. *Bertheau*, a. a. O., S. 133.

[2]) A. A. *Bertheau*, a. a. O., S. 134. *Waldkirch*, Die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz, 1892, S. 26. *Stüssi*, Der Bund und das Versicherungswesen, 1892, S. 91 f. Vgl. B. Bl. 1895, I, 214—215.

gegen die der Privattätigkeit auferlegten Fesseln und die Privilegien zu gunsten einzelner Individuen oder ganzer Klassen. Allerdings wurde die Bestimmung so gefasst, dass sie ihrem Wortlaut nach auch, ja vor allem, die Verstaatlichung eines Gewerbes auszuschliessen scheint. Überdenkt man aber die Tragweite einer solchen Vorschrift, so kommt man zum Resultat, dass dies nicht gewollt sein konnte. Es ist namentlich die Erwägung, dass sich das gesellschaftliche Gebilde des Staates stetsfort muss entwickeln und den veränderten tatsächlichen Verhältnissen gemäss umgestalten können, und dass diese Anpassungsfähigkeit in der schweiz. Eidgenossenschaft gerade Sache der Kantone und nicht des Bundes mit seinen verfassungsrechtlich bestimmten Aufgaben sein muss, die zu jener Auslegung führt; die Entwicklungsfähigkeit der kantonalen Organismen in dieser Beziehung ein für allemal festlegen wollen, wäre das Zeichen einer solchen Kurzsichtigkeit gewesen, dass es dem Gesetzgeber nicht zugemutet werden darf. Die Kantone sind Richter darüber, ob sich eine solche staatliche Anstalt aus Gründen des öffentlichen Wohls rechtfertigt; nur das muss verlangt werden, dass sie nicht bloss fiskalischen Zwecken diene, bloss eine neue Einnahmequelle oder Kapitalanlage sei. Lassen sich triftige Gründe des öffentlichen Wohls für die Verstaatlichung anführen, so ist Art. 31 B. V. nicht mehr in Frage, auch wenn die gewählten Mittel zweckmässiger sein könnten. Aus diesem Grund war es richtig, wenn der B. R. i. J. 1878 das tessinische Monopol des Spielkartenverkaufs verfassungswidrig erklärte (B. Bl. 1879, II, 453; *Salis*, II, Nr. 756). Als der B. R. bezüglich des zürcherischen Monopols der Banknotenemission gleich entschied, stützte er sich wesentlich auf den damaligen Art. 39 B. V. Die N. R. K. stellte sich dagegen lediglich auf den Boden des Art. 31 und vertrat die von der hier vertretenen abweichende Ansicht, der Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit verbiete die Einführung jedes neuen Monopols durch die Kantone (B. Bl. 1877, IV, 770; 1878, II, 489. *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 583; vgl. Nr. 584, 585. Vgl. auch B. Ger. 8. Mai 1896 i. S. Meyer und Keller, XXII, 630, Erw. 5, betr. die eidg. Schulwandkarte. Anderer Meinung war das B. Ger. grundsätzlich im Urteil vom 2. März 1877 i. S. Gem. Engi c. Glarus, betr. Schieferregal, III, 125).

Aus den gleichen Gründen und unter den gleichen Voraussetzungen lassen sich gegenüber Art. 31 B. V. die privilegierten kantonalen Banken, Bodenkreditinstitute und andere öffentliche Anstalten[1]) rechtfertigen.

M. E. sind auch die Gemeindeinstitute, wie Gas-, Wasser- und Elektrizitätswerke nicht anders zu beurteilen. Verbietet die Verfassung den Kantonen, fiskalische Monopole einzuführen, so verbietet sie es auch den Gemeinden. Die Frage ist in letzter Zeit einigemale praktisch geworden in Form eines Konflikts zwischen städtischen Gas- und Wasserversorgungen und Unternehmern; streitig war das Recht, bei Privaten Gas- und Wasserleitungen zu erstellen. Der B. R. erklärte solche Beschränkungen für zulässig, da sie auf einem privatrechtlichen Vertrage zwischen dem Abonnenten und dem städtischen Werke beruhen, welches hier als blosse Privatperson auftrete, indem niemand zum Abschluss solcher Verträge gezwungen werde; gehe aber ein Hauseigen-

[1]) Z. B. Pfandleihanstalten, *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht, II, 312; *Huber*, Erläuterungen zum Vorentwurf eines Zivilgesetzbuches, 3. Heft (Sachenrecht, 321), städtische Arbeitsnachweisbureaux, *Reichesberg*, Handwörterbuch, I, 272; etc.

tümer den Vertrag ein, so könne die städtische Anstalt auch auf der Erfüllung desselben beharren. Eine offenbar unzureichende Begründung! Wenn auch die kommunale Gasfabrik oder Wasserversorgung kein rechtliches Monopol auf diese wirtschaftliche Tätigkeit beansprucht und ihr Geschäft in den Formen des Privatrechts abschliesst, so ist sie doch offenbar einem Privatunternehmer nicht gleichzustellen; sie geniesst in der Regel, wenn nicht ein rechtliches, so doch ein tatsächliches Monopol, das nicht rein zufällig ist, sondern mit ihrer rechtlichen Stellung zusammenhängt. Schon dass sie ohne weiteres ihre Leitungen in den öffentlichen Grund und Boden legen darf, gibt ihr einen bedeutenden Vorteil; will sich die kommunale Unternehmung einer Privatperson gleichstellen, so darf sie auch in dieser Beziehung nicht besser als eine Privatunternehmung behandelt werden [1]; das Gleiche gilt vom Enteignungsrecht. Es kann überhaupt bezweifelt werden, ob es das Gleiche ist, wenn eine Gemeinde ein Geschäft betreibt und eine Privatperson; erstere ist stets in bevorzugter wirtschaftlicher Stellung, auch wenn die rechtliche Stellung ganz gleich ist: sie hat bessern Kredit, sie kann jahrelang mit Defizit arbeiten u. a. m. Daher genügt es nicht, zur Rechtfertigung ihrer Abonnementsbedingungen darauf hinzuweisen, dass sie zwischen Abonnent und Unternehmung frei vereinbart wurden. Die städtische Unternehmung konnte solche Bedingungen nur dank ihrer monopolartigen Stellung aufstellen, und diese gilt es zu rechtfertigen. Anfechtbar sind deshalb folgende Rekursentscheide des B. R.: 19. Juli 1881 i. S. Winkler. (B. Bl. 1882, II, 756. *Salis*, II, Nr. 747.) — 3. Juli 1899 i. S. Gosch-Nelsen. (B. Bl. 1899, IV, 112. *Salis*, a. a. O., Nr. 787 *a*.) — 5. Juni 1902 i. S. Altorfer-Lehmann. (B. Bl. 1902, III, 623. *Salis*, a. a. O., Nr. 748.)

Der Bundesgesetzgeber hat selber die grundsätzliche Zulässigkeit kantonaler Monopole anerkannt in Art. 46 des B. Ges. betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902 (A. S. XIX, 229), wo Abs. 3 bestimmt, dass Gemeinden, soweit es sich nicht um den elektrischen Betrieb von Eisenbahnen handelt, «zum Schutze ihrer berechtigten Interessen das Recht zur Mitbenützung ihres öffentlichen Eigentums für Einrichtungen zur *Abgabe* elektrischer Energie innerhalb der Gemeinde verweigern oder an beschränkende Bestimmungen knüpfen» können. Der B. R. hat mit Entscheid vom 2. Febr. 1904 i. S. Bodmer, Heidenreich & Cie. (B. Bl. 1904, I, 205) erklärt, dass auf Grund dieser Bestimmung eine Gemeinde die Abgabe von elektrischer Energie auf ihrem Gebiete als Monopol betreiben könne.

Ein Gewerbszweig kann auch dadurch der freien Konkurrenz entzogen werden, dass er in Form eines öffentlichrechtlichen Privilegs (Konzession) odes eines **Amtes** verliehen wird. Letzteres hat verschiedene Rekursentscheide veranlasst; es ist klar, dass ein Amt nicht von jedermann beansprucht werden kann. Eine Gewerbstätigkeit ist dann zu einem Amte gemacht, wenn sich der Beliehene dem Staate gegenüber verpflichtet, sie auszuüben und in bestimmter Weise auszuüben, und dafür verantwortlich ist.

---

[1]) Gewährt die Gemeinde diese Vorteile ihrer Unternehmung, so privilegiert sie sie und muss diese Privilegierung durch besondere Gründe rechtfertigen; die Gemeinde kann nicht über ihren Grund und Boden nach freiem Belieben verfügen, wie ein Privateigentümer. Unrichtig: B. R. B. vom 17. Juli 1900 i. S. Buetti, B. Bl. 1900, III, 661. *Salis*, II, Nr. 761.

Vom Standpunkt der Gewerbefreiheit aus ist es nicht anders, als wenn die Gewerbstätigkeit zu einem öffentlichen Verwaltungszweig gemacht worden wäre, und die Voraussetzungen, unter welchen die Erhebung einer Tätigkeit zum Amte zulässig erscheint, sind wie dort bloss Gründe des öffentlichen Rechts. Die Bundesbehörden haben folgende Erwerbszweige als öffentliche Ämter zu erklären gestattet:

das *Notariat* (B. Ger. vom 5. Mai 1897 i. S. Brunner, XXIII, 486); vgl. unten Art. 33;

die berufsmässige *Vertretung von Gläubigern* im Betreibungsverfahren gemäss Art. 27 des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes; also entschieden vom B. R. als Aufsichtsbehörde in Betreibungssachen betr. die Basler «Amtsleute»; Archiv für Schuldbetreibung, V, Nr. 14. *Jäger*, Kommentar zum Betreibungsgesetz, Art. 27, Anm. 4. Über das kantonale Recht: *Schollenberger,* Staats- und Verwaltungsrecht, I, 293; vgl. B. R. B. vom 23. März 1887 i. S. Zäh (B. Bl. 1888, II, 785. *Salis,* II, Nr. 868, betr. das Inkassogeschäft);

den *Kaminfegerberuf,* der in verschiedenen Kantonen schon seit langem ein Gemeindeamt ist. B. R. B. vom 15. März 1897 i. S. Bucher, aufgehoben durch die B. Vers. den 15. Okt. 1897 (B. Bl. 1897, I, 999; III, 491; 1898, I, 453. *Salis,* II, Nr. 875, 762 i. f., wo auch die frühere Praxis);

die *Friedhofgärtner.* B. R. B. vom 4. Januar 1894 i. S. Beglinger (B. Bl. 1895, I, 69. *Salis,* II, Nr. 740);

nicht dagegen den in der Stadt Bern besonders geregelten Beruf der *Leichenbitterinnen.* B. R. B. vom 18. Aug. 1896 i. S. Merz (B. Bl. 1896, III, 841. *Salis,* II, Nr. 741).

Keine Verletzung der Gewerbefreiheit liegt darin, dass die Ausübung anderer Berufe mit einem *öffentlichen Amte unvereinbar* erklärt wird; diese Befugnis ergibt sich aus der Kompetenz der Kantone zur Regelung ihres Beamtenrechts; sie steht ihnen daher zu, gleichviel, ob die Übernahme des Amtes eine freiwillige sei oder nicht. Die Frage ist hauptsächlich im Wirtschaftsgewerbe praktisch: B. R. B. vom 9. Juni 1882 i. S. Benz (B. Bl. 1883, II, 866); 4. April 1879 (B. Bl. 1880, II, 611). B. Ger. 19. Nov. 1886 i. S. Hauri, XII, 567. Betreffend Bäckereigewerbe: B. R. B. v. 8. Juli1879 i. S. Caverzasio (B. Bl. 1880, II, 617). Betr. Jagdpatente ebds., S. 611. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 665, 666, 601; 2. Aufl., II, Nr. 738. Eidg. Verordnung betr. Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidg. Anstellungen vom 21. Febr 1899 (A. S. XVII, 64.)

Ist eine Erwerbstätigkeit kein öffentliches Amt und soll es keines sein, so darf die Zahl der Gewerbetreibenden nicht gesetzlich beschränkt werden; polizeiliche Rücksichten, wie die Wahrung der öffentlichen Sicherheit oder Gesundheit dürfen wohl zu strengen Vorschriften über die Ausübung des Gewerbes führen, nicht aber, wenn das Gewerbe überhaupt polizeilich zulässig ist, zur Beschränkung der Betriebe. So wurde entschieden bezüglich des Apothekergewerbes B. R. B. vom 28. Juni 1881 i. S. Sauter, bestätigt durch B. Vers. 23. Dez. 1881 (B. Bl. 1881, III, 671; 1882, II, 762. *Salis,* II, Nr. 847, I). Eine Ausnahme besteht nur kraft der B. V. selber für das Wirtschaftsgewerbe (Art. 31, lit. *c*). — Darf die Zahl der Gewerbetreibenden nicht begrenzt werden, so darf es auch nicht in das Gutfinden eines Interessenverbandes oder irgend einer Privatperson gestellt werden, neue Berufsgenossen aufzunehmen oder nicht. B. R. B. vom 12. Dez. 1896 i. S. Gebrüder Dreifus betr. Zulassung zum Börsen-

besuch durch die Börsenvereinigung (B. Bl. 1897, IV, 383; 1898, I, 454.) Ist eine solche Vereinigung mit dieser Befugnis betraut, so muss sie wenigstens an bestimmte und sachliche Ausschliessungsgründe gebunden sein. B. R. B. v. 27. Juli 1898 i. gl. Sache (B. Bl. 1898, IV, 255; V, 431. *Salis*, II, Nr. 870.)

b. Der Grundsatz der Gewerbefreiheit kann, wie schon bemerkt auch durch die Art und Weise, wie die *Ausübung des Gewerbes* geregelt ist, verletzt sein, dann nämlich, wenn sich die dem Gewerbetreibenden auferlegte Beschränkung nicht durch polizeiliche Gründe rechtfertigen lässt, sondern sich als eine Korrektur des Systems der freien Konkurrenz selber darstellt. Aus diesem Grund wurde es mit Recht in der Regel als verfassungswidrig erklärt, den Preis der feilgebotenen Waren und Leistungen zu taxieren, ausgenommen bei gewissen Berufen, wo sich die Tarifierung zur Vermeidung von Ausbeutung und Streitigkeiten, d. h. aus polizeilichen Gründen, erfahrungsgemäss als notwendig erweist, wie Dienstmänner, Kutscher, Fremdenführer, Pfandleihanstalten [1]), Placierungsbureaux. B. R. B. vom 25. Aug. 1891 i. S. Schweizer und Tarnuzer, bestätigt durch die B. Vers. am 22. Januar 1892 (B. Bl. 1891, IV, 310; 1892, II, 553. *Salis*, II, Nr. 774). Die Fixierung des Preises macht zwar den Wettbewerb nicht absolut unmöglich, wenn der obligatorische Tarif dem Gewerbetreibenden einige Freiheit in der Qualifizierung seiner Leistung lässt und die Natur der Ware und die hergebrachte Produktionsweise dies zulassen. In jedem Fall ist aber die obrigkeitliche Tarifierung eine Hemmung des Wettbewerbes.

Die Praxis der Bundesbehörden hat eine Verletzung der Gewerbefreiheit erblickt in der Taxierung des Brotes oder in der Festlegung des Brotpreises während einer Woche (B. Bl. 1875, II, 535; 1876, II, 586. *Salis*, II, Nr. 871, 873), nicht aber in der Vorschrift, dass der Brotpreis veröffentlicht, das Brot in bestimmten Gewichten verkauft und das Gewicht der Brotlaibe amtlich kontrolliert werden solle (B. Bl. 1884, II, 752; 1883, I, 359); Bericht des B. R. vom 1. Mai 1892 betr. die Petition des Bäckermeistervereines (B. Bl. 1892, I, 845; 1893, II, 4. B. Bl. 1876, II, 586; 1879, II, 444. *Salis*, II, Nr. 872—874; 1. Aufl. II, Nr. 598). Es ist zulässig, eine Arzneitaxe als Maximaltaxe aufzustellen, aber nicht als Minimaltaxe, da jenes allein sich aus polizeilichen Gründen rechtfertigt. B. R. B. v. 16. Juni 1900 i. S. Guillaume (B. Bl. 1900, III, 403. *Salis*, II, Nr. 850). Dasselbe gilt für Kutschertaxen (B. Bl. 1875, II, 590; vgl. 1894, III, 231. *Salis*, II, Nr. 876) und muss richtigerweise für alle Taxen gelten. Es wurde mit Art. 31 B. V. unvereinbar erklärt, den Kutschern eines andern Kantons die zweite Stelle in der vorgeschriebenen Reihenfolge der Aufstellung anzuweisen (B. Bl. 1888, III, 766), B. R. B. vom 29. Juni 1889 i. S. Kt. Wallis (B. Bl. 1895, II, 145. *Salis*, II, Nr. 879) oder einem Kutscher die Aufstellung seines Fuhrwerkes ausser der Reihe auf seinem eigenen Grundstück zu untersagen — was diskutierbar, da der Gewerbebetrieb doch öffentlich ist — dagegen nicht das Ankünden des Fahrpreises zu verbieten B. R. B. vom 31. Juli 1894 i. S. Brunner (B. Bl. 1894, III, 225; 1892, II, 1124. *Salis*, II, Nr. 880). Unzulässig ist es auch, die Benutzung öffentlicher Plätze nur denjenigen Droschkenhaltern zu gestatten, die wenigstens 4 Droschken besitzen (B. Bl. 1876, II, 592. *Salis*, II, Nr. 758, I). Der B. R. hatte i. J. 1876 rich-

---

[1]) Vgl. *Schollenberger*, Die schweiz. Handels- und Gewerbeordnungen, 1889, S. 6—7.

tig entschieden, es könne der gleichen Person nicht die Erteilung mehrerer Wirtschaftspatente verweigert werden, wenn sie bezüglich aller die gesetzlichen Bedingungen erfülle; durch Rekursentscheid vom 28. Juni 1892 i. S. Gautschi hat er aber das Gegenteil erkannt (B. Bl. 1876, II, 572. *Salis*, 1. Aufl. II, Nr. 645; B. Bl. 1892, IV, 44. *Salis*, II, Nr. 953. *Bertheau*, a. a. O., S. 99); aus dem gleichen Grunde kann ein Wirtschaftspatent nicht verweigert werden, weil der Bewerber schon ein anderes Gewerbe betreibt, sofern nicht polizeiliche Gründe entgegenstehen. Etwas anderes hiesse den Bewerber in der vollen Entwicklung seiner wirtschaftlichen Energie hemmen. B. R. B. vom 28. Februar 1893 i. S. Leutwyler (B. Bl. 1893, I, 593): einem Fabrikanten kann ein Wirtschaftspatent nicht verweigert werden, besondere Gründe vorhalten. *Salis*, II, Nr. 951. Vereinbar wurden ebenfalls erklärt Wirtschaft und Schneiderei. B. R. B. v. 8. März 1892 i. S. Haury (B. Bl. 1892, I, 906); Wirtschaft und Tierarztberuf, B. R. B. v. 29. Juli 1890 i. S. Muff (B. Bl. 1890, III, 1141); nicht dagegen unter den gegebenen Umständen Wirtschaft und Spezereihandlung, B. R. B. v. 13. Mai 1890 i. S. Krems (B. Bl. 1890, II, 829. *Salis*, II, Nr. 952). Es liegt ebenfalls im System der freien Konkurrenz, dass der Inhaber einer gewerblichen Bewilligung sie durch Übertragung zu verwerten sucht; es kann ihm eine weitere Bewilligung nicht deshalb verweigert werden, weil er mit den früheren Spekulation getrieben. Die Kantone sind gegen polizeilich unzulässigen Missbrauch durch die Befugnis geschützt, der Übertragung wie der Neuerteilung zuzustimmen. Dies hat zutreffend dargetan der B. R. B. v. 14. Juli 1898 i. S. Damian Lang (B. Bl. 1898, IV, 45, 572); der B. R. hatte anders entschieden am 24. Dez. 1892 i. S. Wälti (B. Bl. 1893, II, 55. *Salis*, II, Nr. 965).

Dem Prinzip gemäss müsste auch der *Vorkauf* als erlaubt gelten, denn er ist nur die natürliche Folge der freien Konkurrenz; der in Art. 29 der 1848er Verfassung gemachte Vorbehalt betr. den schädlichen Verkauf wurde 1874, wie es scheint, im Vertrauen auf die Wirkungen des leichteren Warenverkehrs weggelassen (vgl. oben S. 271). Erscheint danach ein Verbot des Vorkaufes schlechthin als unzulässig, so verhält es sich anders, wenn der Vorkauf auf dem öffentlichen Markt einer Ortschaft verboten wird; der auf öffentlichem Grund und Boden abgehaltene Markt ist eine Wohlfahrtsanstalt der Gemeinde, die sie bundesrechtlich nicht verpflichtet ist zu schaffen; kann die Gemeinde daher jede solche Veranstaltung unterlassen und den Kleinhandel mit Lebensmitteln u. a. auf die Form des Ladenverkaufs beschränken, so kann sie den Marktverkauf auch unter denjenigen Einschränkungen der freien Konkurrenz zulassen, die ihr dem öffentlichen Wohl und dem Zweck ihrer Einrichtung zu entsprechen scheinen. Der B. R. erklärte i. J. 1875, ohne diese Unterscheidung zu machen, die bisherigen kantonalen Bestimmungen gegen den Verkauf auf Märkten für aufgehoben (B. Bl. 1876, II, 582). B. R. B. v. 7. Sept. 1877 (B. Bl. 1877, IV, 702). Diese letztere Entscheidung wurde an die B. Vers. weitergezogen und blieb aufrecht, weil sich die beiden Räte nicht einigen konnten (vgl. B. Bl. 1878, I, 285; 1879, II, 455; 1884, II, 749. *Salis*, 1. Aufl. II, Nr. 547). Der B. R. verliess seinen früheren Standpunkt mit Entscheid vom 1. Juli 1890 i. S. Blain (B. Bl. 1890, III, 1089; 1891, II, 1073); bestätigt durch Entscheide vom 14. Januar i. S. Kräuchi und 17. Okt. 1902 i. S. Wenger, ersterer bestätigt durch die B. Vers. (B. Bl. 1902, 217).

c. Als drittes wesentliches Element der Gewerbefreiheit kann endlich die *Gleichbehandlung aller Gewerbegenossen* hervorgehoben werden; sie geht zwar schon aus Art. 4 B. V. hervor, hat aber auf dem Gebiete der gewerblichen Konkurrenz eine besondere Bedeutung. Die Bundespraxis hat dies mehrfach betont, und mehrfach kantonale Verfügungen aufgehoben, die an sich zulässig gewesen wären, im gegebenen Falle aber ungleiche Bedingungen unter den konkurrierenden Gewerbegenossen schufen. B. R. B. v. 4. Juli 1893 i. S. Brugger (B. Bl. 1893, III, 723, 738. *Salis*, II, 507). B. R. B. v. 30. April 1895 i. S. Isenmann (B. Bl. 1895, II, 918; 1897, I, 390). B. R. B. v. 15. März 1904 i. S. Hildebrand-Pfeiffer (B. Bl. 1904, I, 825): ausnahmsweise Taxierung eines Saisonausverkäufers; vgl. B. R. B. v. 1. Dez. 1903 i. S. Jucker (B. Bl. 1903, V, 282): willkürliche, neue Gesetzesauslegung. St. B. III, 353. Die wirkliche oder angebliche ungleiche Behandlung hat namentlich im Wirtschaftswesen Anlass zu Beschwerden gegeben; die Anwendung der sog. «Bedürfnisartikel» bietet besondere Schwierigkeiten in dieser Beziehung. Vgl. unten! (*Salis*, II, 767, Nr. 931, 934, 935, 937, 950. B. Bl. 1904, IV, 653.)

Wie bereits ausgeführt, ist die Gewerbefreiheit nicht mehr beobachtet, wenn der Staat oder die Gemeinde sich mit eigenen, privilegierten Unternehmungen in die Reihe der Konkurrenten stellen.

2. Zulässige polizeiliche Einschränkungen des Grundsatzes.

Gewerbepolizeiliche Vorschriften im allgemeinen sind zwingende Vorschriften, welche den Gewerbetreibenden in der sonst, d. h. nach Privat- oder Strafrecht, zulässigen Ausübung seines Berufes im Interesse der Gesellschaft einschränken [1]. Wäre Art. 31 B. V. nicht, so könnte die zuständige Behörde auch im Interesse der Gesamtheit die freie Konkurrenz in der Entfaltung ihrer wirtschaftlichen Wirkungen beschneiden; Art. 31 verbietet aber gerade solche Erwägungen, indem er die freie Konkurrenz als das dem gesellschaftlichen Interesse entsprechende System erklärt, unter Vorbehalt staatlicher Betriebe. Im Sinne von Art. 31 können also polizeiliche Verfügungen, wie sie bisher genannt wurden, nur solche sein, welche die private Gewerbetätigkeit zur Wahrung *anderer* gesellschaftlicher Interessen einschränken.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass Art. 31 solche Einschränkungen nicht *fordert*, sondern sie nur gestattet. B. R. B. v. 1. Dez. 1903 i. S. Jucker (B. Bl. 1903, V, 288).

Die *Gewerbepolizei* ist, wo nicht besondere Ausnahmen vorliegen, in der *Kompetenz der Kantone.* Das ergibt sich sowohl aus der Entstehungsgeschichte des Art. 31 als aus den seitherigen Verfassungsrevisionen, durch welche einzelne Kompetenzen auf den Bund übertragen wurden, namentlich aber aus der Weigerung des Volkes, die gesamte Gewerbepolizei auf den Bund zu übertragen. Vgl. die Botschaft des B. R. vom 25. Nov. 1892 (B. Bl. 1892, V, 366) und die Prot. der Komm. zur Beratung des Art. 34bis (B. Bl. 1890, II, Beilage zu Nr. 23, S. 6. *Salis*, 1. Aufl., I, Nr. 73). Ausdrückliche Ausnahmen zu gunsten des Bundes machen die Art. 24, 25, 25bis, 32bis, 33, 34, 35, 40, 69 und 69bis, die an ihrer Stelle besprochen sind. Wenn die jetzige lit. *e* nicht nur von

[1] *O. Mayer*, Deutsches Verwaltungsrecht, I, 249.

kantonalen, sondern von Verfügungen überhaupt spricht, so ist es eben mit Rücksicht auf diese ausdrücklich begründeten Bundeskompetenzen geschehen [1]). Der Bund hat diese Grenze seiner Kompetenz überschritten, als er die Gesetze betr. Kontrollierung und Garantie des Feingehaltes der Gold- und Silberwaren vom 23. Dez. 1880 (A. S., V, 363), durch Zusätze erweitert am 21. Dez. 1886 (A. S., X, 45) und betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen vom 19. Juni 1886 (A. S., IX, 266) erliess. Vgl. auch Art. *34*. Das erstgenannte Gesetz enthält im wesentlichen die Pflicht, Gold- und Silberwaren eines bestimmten Feingehaltes amtlich kontrollieren zu lassen, die andern, mindern Gehalts, wahrheitsgemäss zu stempeln. Das letztgenannte Gesetz setzt die Bedingungen fest, unter denen der Handel mit Gold- und Silberabfällen sowie das berufsmässige Einschmelzen oder Probieren von Gold- und Silberwaren ausgeübt werden kann. Zur Begründung der Kompetenz des Bundes berief sich der B. R. in seiner Botschaft vom 28. Nov. 1879 (B. Bl. 1879, III, 986) auf Art. 31, lit. *e* (damals lit. *c*) und auf Art. 64, der dem Bund das Recht gewährte, über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Verhältnisse zu legiferieren; in Art. 64 waren aber nur Zivilgesetze gemeint, wie dies einerseits aus dem in Klammern folgenden Beisatz: «Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts», anderseits aus dem 1898 beigefügten 2. Absatz hervorgeht: «Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den *übrigen Gebieten des Zivilrechts* befugt». Allerdings kann der Bund Bestimmungen über den Viehhandel und die Fabrikmarken treffen, aber den Viehhandel kann er nur in privatrechtlicher Beziehung regeln, und das Markengesetz hat im wesentlichen das Recht an der Marke, d. h. ein Privatrecht zum Gegenstande. Die St. R. K., die sich bei den Gründen des B. R. nicht ganz beruhigen konnte, meinte, man könnte in einer längeren Untersuchung dartun, dass ein Kontrollgesetz, wie das vorgeschlagene, dem Geiste des Bundesrechts, wie es sich seit 1848 entwickelt habe, entsprechen würde; da aber niemand die Bundeskompetenz bestreite, brauche die Untersuchung nicht angestellt zu werden (B. Bl. 1881, I, 221).

Das Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden vom 24. Juni 1892 (A. S., XIII, 43) ist m. E. ebensowenig verfassungsmässig, wenn es auch seine eigentümliche Vorgeschichte begreiflich macht, dass es erlassen worden sei; verfassungsrechtlich wäre das Richtige gewesen, den einheimischen Handelsreisenden von Bundes wegen die Befreiung von den kantonalen Patenttaxen zu vindizieren, welche ausländischen gewährt werden *musste,* wie es die B. Vers. durch B. B. vom 11. Dez. 1883 beschlossen hatte. Über die Geschichte der Frage s. Bericht des B. R. vom 9. Nov. 1883 (B. Bl. 1883, IV, 405) und Botschaft des B. R. vom 29. Mai 1891 (B. Bl. 1891, III, 1. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 626; 2. Aufl., II, Nr. 910, 895).

Die kantonalen gewerbepolizeilichen Vorschriften bedürfen seit 1874 keiner bundesrätlichen Genehmigung mehr. Kreisschreiben des B. R. vom 20. Januar 1875 (B. Bl. 1875, I, 91. *Salis,* II, Nr. 762, I).

---

[1]) Es darf nicht, wie *Salis,* I, S. 26, Note 2, mit Recht bemerkt, mit dem B. R. aus der Weglassung der Worte „der Kantone" gefolgert werden, der Bund habe ebensogut wie die Kantone das Recht, Verfügungen über Ausübung von Handel und Gewerbe zu treffen; das war ein Gelegenheitsargument.

Die polizeilichen Verfügungen der Kantone können einerseits bis zur Aufhebung der Gewerbefreiheit, ja bis zur Verbietung des Gewerbebetriebes gehen, wenn es ihr Zweck erfordert; sie sollen aber anderseits nicht über das Mass zweckdienlicher Einschränkung hinausgehen. B. R. B. v. 11. Aug. 1875 betr. Errichtung einer Dynamitfabrik auf den Brissagoinseln im Lago Maggiore, der sich für die Bewilligung aussprach, aber durch Beschluss der B. Vers. vom 22. März 1876 aufgehoben wurde (B. Bl. 1875, IV, 593, 1065; 1076, I, 691; 1877, II, 246. *Salis*, II, Nr. 780). B. R. B. v. 23. Okt. 1891 i. S. Konsumgenossenschaft Sitten, der den Alleinverkauf von Vitriol durch Apotheker als verfassungswidrig aufhob (B. Bl. 1891, IV, 643. *Salis*, II, Nr. 800).

Die einzelnen Beschränkungen können ihrem Zwecke nach unter folgende Rubriken zusammengefasst werden:

Unsittlichkeit und Unredlichkeit des Geschäftes.

Das Verbot, somnambulische Konsultationen zu erteilen (B. Bl. 1876, II, 589. *Salis*, II, Nr. 766) oder ganz unwirksame Heilmittel anzupreisen. B. R. B. v. 1. Juli 1904: «Oxydonor Victory» (B. Bl. 1904, IV, 653) verstösst nicht gegen Art. 31; ebensowenig das Verbot von Lotterien oder lotterieähnlichen Unternehmen; vgl. Art. 35 B. V. (B. Bl. 1888, IV, 93: Lotterie- oder Lotterieanlehenslose); dagegen erklärte der B. R. ein absolutes Verbot des Verkaufs von Anleihenslosen für nicht zulässig, wohl aber die Auferlegung strenger Bedingungen und namentlich den Ausschluss solcher Prämienwerte vom Markt- und Hausierverkehr. B. R. B. v. 9. Juni 1892 i. S. A. Bernhard; B. R. B. v. 2. März 1894, Strötzel (B. Bl. 1894, I, 617). — 17. Mai 1895, Bernhard (B. Bl. 1895, III, 4). — 30. Mai 1899, Frick (B. Bl. 1899, III, 1017). — 15. März 1897, Jaquet (B. Bl. 1897, II, 180). — 31. Juli 1900, Jaquet (B. Bl. 1900, III, 781. *Salis*, II, Nr. 767, 769, 770). — B. R. B. v. 8. Okt. 1897 betr. das Sparkassensystem der Genossenschaft «Le Crédit à l'Epargne» in Lyon (B. Bl. 1897, IV, 551. *Salis*, II, Nr. 768). — B. R. B. v. 19. Juni 1900, Gros & Cie, betr. das sog. Schneeballsystem (B. Bl. 1900, III, 465. *Salis*, II, 771). Es rechtfertigt sich ebenfalls, vom Hausierverkehr Waren auszuschliessen, die leicht zu Prellerei führen, wie edle Metalle, Wertpapiere etc.; auch gebrauchte Gegenstände, dagegen nicht ganz allgemein die Lebensmittel zu gunsten des Verkaufes auf öffentlichem Markt. *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht, II, 308 (B. Bl. 1890, II, 181. *Salis*, II, Nr. 892). Es sei hier erwähnt, dass das Hausieren mit Fleisch und Heilmitteln auch aus gesundheitspolizeilichen Gründen verboten werden kann. (B. Bl. 1877, II, 246. *Salis*, II, Nr. 796). B. R. B. v. 20. Nov. 1875 i. S. Heiz (B. Bl. 1876, II, 582. *Salis*, II, Nr. 788). Von Bundes wegen ist das Hausieren verboten mit gebrannten Wassern: Bundesgesetz betr. gebrannte Wasser, vom 29. Juni 1900, Art. 161; mit Gold- und Silberabfällen: Bundesgesetz betr. den Handel mit Gold- und Silberabfällen, vom 17. Juni 1886, Art. 2, Abs. 4, und mit Rindern, Ziegen, Schafen und Schweinen: V. V. des B. R. vom 14. Okt. 1887 zum Bundesgesetz betr. Viehseuchen, Art. 42. Was unter «Hausieren» zu verstehen sei, darf nicht den Kantonen überlassen werden zu bestimmen; richtigerweise muss der Begriff, wie er im Gesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden, Art. 1 und 9, definiert ist, massgebend sein; unrichtig: B. R. B. v. 27. Nov. 1896 i. S. Gröner, bestätigt durch die B. V. a. 15. Okt. 1897

(B. Bl. 1896, IV, 1042; 1897, I, 754; 1898, I, 452. *Salis*, II, Nr. 888). Es spricht auch kein innerer Grund als der Schutz der Einheimischen gegen den Grosshandel in Form von Wanderlagern. Das Hausierpatent darf Personen verweigert werden, die nicht die erforderlichen persönlichen Garantien bieten für die klaglose Ausübung ihres Berufes. B. R. B. v. 29. März 1900 (B. Bl. 1901, II, 34. *Salis*, II, Nr. 891). Vgl. Kreisschreiben des B. R. vom 11. Dez. 1874 (B. Bl. 1874, III, 889). Unzulässig ist es, den Hausierhandel ganz zu verbieten, Kreisschreiben des B. R. v. 11. Dez. 1874 (loc. cit. Vgl. B. Bl. 1875, II, 534 Untersuchung der kant. Bestimmungen über den Hausierhandel. *Salis*, II, Nr. 886), oder ihn an die praktisch unerfüllbare Bedingung einer Niederlassung in jedem Kanton zu binden (B. Bl. 1876, II, 579). B. R. B. 27. Febr. 1900 (B. Bl. 1900, I, 626. *Salis*, II, Nr. 887). Aus dem gleichen Grunde ist auch die arbiträre Unterdrückung durch übermässige Taxen dem Geiste der Verfassung zuwider (s. unten!).

Auch gegenüber den Wanderlagern und Ausverkäufen sesshafter Kaufleute sind kontrollierende Massregeln zulässig, aber sie müssen dem Zweck, der sie rechtfertigt, dienlich sein; die blosse Belastung mit höheren Abgaben erfüllt diesen Zweck nicht. Endlich ist anerkannt, dass eine besonders strenge Überwachung der Pfandleihanstalten und der Trödlergeschäfte wegen der leichten Gelegenheit, die sie bieten, gestohlene Sachen zu verwerten, sowie der Placierungsbureaux, durchaus verfassungsmässig ist. Betr. Placierungsbureaux: B. R. B. vom 8. Aug. 1879 i. S. Meyer (B. Bl. 1880, II, 616. *Salis*, II, Nr. 773); betr. Pfandleih- und Trödlergewerbe: B. R. B. v. 11. Febr. 1887, bestätigt durch B. Vers. a. 7. Juni 1887 i. S. Eilkin u. G. *Salis*, II, Nr. 764, II; B. R. B. v. 15. März 1904 i. S. Wolff (B. Bl. 1904), wo eine Bestimmung des Neuenburgischen Gesetzes, angesichts ihrer Ausführbarkeit im vorliegenden Falle, geschützt wurde, welche den Pfandleiher verpflichtet, einem Arbeiter auf Gegenstände gleicher Art, wie sie sein Arbeitgeber fabriziert, nur mit dieses letztern Ermächtigung Geld zu leihen.

Der Schutz des redlichen Handels verlangt es, dass jede Ware unter *ihrem wahren Namen* in Verkehr gebracht werde; dahin zielende Vorschriften sind daher nicht verfassungswidrig; z. B. Deklarierung der Qualität der Milch. *Salis*, II, Nr. 789, wobei einzig anfechtbar erscheinen könnte, dass die kant. Verordnung nur zwei Qualitäten anerkannte; Bezeichnung der Kunstbutter oder Margarine als solche: B. R. B. v. 27. Okt. 1899 i. S. Verband schweiz. Kochfettfabrikanten (B. Bl. 1899, V, 72; 1900, I, 740. *Salis*, II, Nr. 791) und des Kochfetts als solches: B. R. B. v. 2. Sept. 1892 i. S. Bühler (B. Bl. 1892, IV, 450. *Salis*, II, 792) und des künstlichen Honigs als «Sirup» und nicht als «Tafelhonig», «Schweizerhonig» o. dgl. B. R. B. v. 11. Januar 1887 i. S. Tafelhonigfabrikanten (B. Bl. 1887, I, 126. *Salis*, II, Nr. 794). Dagegen darf die Fabrikation von gesundheitsunschädlichen Surrogaten nicht verboten werden, weil sie angeblich zur Täuschung des Publikums dienen. B. R. B. v. 10. Dez. 1900 i. S. Beerli, Verbot der Herstellung von Kunstwein, der nicht genau zusammengesetzt sei wie der Naturwein (B. Bl. 1900, IV, 910. *Salis*, II, Nr. 793). B. R. B. vom 27. Okt. 1899, Verbot, Speisefette mit Butter zu Handelszwecken zu vermischen (B. Bl. 1899, V, 72. *Salis*, II, Nr. 791).

Zahlreiche *Kontrollmassregeln* sind über gänzliche oder teilweise Ausverkäufe in verschiedenen Kantonen aufgestellt worden; sofern sie

einem polizeilichen Zwecke wirklich dienen, sind solche Einschränkungen jedem Gewerbe gegenüber zulässig. B. R. B. v. 18. Aug. 1903 i. S. Bloch (B. Bl. 1903, III, 937), wo entschieden wurde, der Geschäftsmann, der vorschriftgemäss eine Bewilligung zum Ausverkauf erlangt habe, könne auch vor gänzlicher Durchführung desselben darauf verzichten und den ständigen Gewerbebetrieb wieder aufnehmen, vorausgesetzt, dass er sich wieder als solcher vorschriftgemäss anmelde. B. R. B. v. 21. Okt. 1904 i. S. Heymann & Cie. (B. Bl. 1904, V, 124), wo an Hand des Basler Gesetzes erklärt ist, der Verkauf zu ermässigten Preisen während einer bestimmten Zeit sei als Ausverkauf anzusehen, und der Ausverkauf könne auf die Frist von 4 Wochen beschränkt werden, was leider anfechtbar ist.

Öffentliche Ordnung und Feuersicherheit.

Zur Wahrung der *öffentlichen Ordnung* können die Kantone durch Tanzverordnungen die Abhaltung von öffentlichem Tanz auf gewisse Tage beschränken (B. Bl. 1876, II, 576. *Salis*, II, Nr. 775); gewisse Arbeiten (in concreto Schmiedearbeiten) an Sonn- und religiösen Feiertagen und an bestimmten Stunden (während des Gottesdienstes) verbieten (B. Bl. 1877, II, 20. *Salis*, II, Nr. 776, I); ebenso das Ausführen der Jauche zu gewissen Stunden des Tages und an Vorabenden von Sonn- und Feiertagen. B. R. B. v. 13. Okt. 1893 i. S. Schädler (B. Bl. 1894, I, 1; 1895, II, 144. *Salis*, II, Nr. 776); vgl. Art. 49 B. V.; es kann umherziehenden Künstlern, fahrenden Musikanten und Schauspielern die Ausübung ihrer Kunst verboten werden. B. R. B. v. 15. April 1898 i. S. Costà, betr. das «Spielen» eines mechanischen Klaviers (B. Bl. 1898, III, 67. *Salis*, II, Nr. 894). B. R. B. v. 14. Aug. 1883 (B. Bl. 1884, II, 758. *Salis*, II, Nr. 894). B. R. B. v. 14. Aug. 1883 (B. Bl. 1884, II, 758; *Salis*, II, Nr. 890); ein Wirtschaftspatent kann verweigert werden, wenn die Wirtschaft in störende Nähe der öffentlichen Kirche, des Spitals oder Schulhauses kommt. B. R. B. v. 30. April 1901 i. S. Comolli: 8 m. von der Kirchhofmauer und 18 m. von der Kirche (B. Bl. 1901, II, 1005. *Salis*, II, Nr. 921, III; 954, 3a); es kann überhaupt die Verlegung lärmender oder unangenehmen Geruch verbreitender Gewerbe in angemessene Entfernung von Wohnungen verfügt werden (B. Bl. 1880, II, 615). B. R. B. v. 4. Juli 1893 (B. Bl. 1893, IV, 723. *Salis*, II, Nr. 779).

Als Massnahmen der *allgemeinen* und speziell der *Feuersicherheit* können die Kantone das Tragen und Verkaufen von Waffen untersagen (B. Bl. 1879, II, 445); in so allgemeiner Form ist wohl das Verbot des Verkaufens nicht zu billigen. Etwas anders ist es, wenn es sich um besonders gefährliche, weil versteckte Waffen handelt. B. R. B. vom 10. Febr. 1891 i. S. Lüthi (B. Bl. 1891, I, 301. *Salis*, II, Nr. 785); die Kantone können die Fabrikation von Dynamit, Matafiette oder ähnlichen Sprengstoffen an entlegene Orte verweisen (über Dynamit, s. oben. Fabrikation von Matafiette, B. Bl. 1876, II, 592), die für Nachbargrundstücke gefährliche Ausbeutung eines Steinbruchs einstellen, B. R. B. v. 19. Dez. 1894 i. S. Wasserfallen (B. Bl. 1894, II, 148. *Salis*, II, Nr. 777), oder die Bewilligung zum Betrieb einer Bäckerei in einem feuergefährlichen Anbau verweigern, B. R. B. v. 30. Juni 1900 i. S. Bucher (B. Bl. 1900, III, 553. *Salis*, II, Nr. 778, I); es kann der Betrieb einer mangelhaften Acetylenbeleuch-

tungsanlage, B. R. B. v. 9. April 1901 i. S. Rüegg (B. Bl. 1901, II, 888. *Salis,* II, Nr. 777) und der Gebrauch von feuergefährlichen Benzinkochapparaten verboten werden, B. R. B. v. 30. Dez. 1902 i. S. Glitsch (B. Bl. 1903, I, 567. *Salis,* II, Nr. 778, II); endlich ist gegen das Verbot, mit leicht entzündbaren Stoffen zu hausieren, in der Regel nichts einzuwenden. Kreisschreiben des B. R. vom 11. Dez. 1874 (B. Bl. 1874, III, 889. *Salis,* II, Nr. 886). Das Verbot muss sich aber *im einzelnen Fall* nach der Betriebsart des Geschäftes rechtfertigen, was keineswegs der Fall ist bei der Petroleumgesellschaft, die mit ihren Petrolwagen herumfährt und feuersichere Kannen abgibt. Dass dieser Betrieb sich nach der engherzigen kantonalen Gesetzgebung als Hausieren darstelle, ist natürlich nicht massgebend; es steht bundesrechtlich nirgends geschrieben, dass das Hausieren mit leicht entzündbaren Stoffen verboten sei; die Auslegung des Art. 31 ergibt nur, dass ein Gewerbebetrieb verboten werden kann, der mit Feuersgefahr verbunden ist; das ist aber hier nicht der Fall. Der B. R. B. v. 5. Febr. 1895 ist daher zu eng (B. Bl. 1895, I, 253, bestätigt durch B. Vers., B. Bl. 1897, I, 388).

Öffentliche Gesundheit.

Der Gewerbebetrieb kann in demjenigen Masse eingeschränkt werden, als es die öffentliche Gesundheit erfordert; die *Lebensmittelkontrole* fällt unter diesen Gesichtspunkt; vgl. die schon zit. Entscheide betr. Milchkontrolle und betr. Lebensmittelsurrogate; das Verbot, auf Milchwagen übelriechende und in Gärung befindliche Stoffe (Schweinefutter u. dgl.) mitzuführen; B. R. B. v. 19. Juli 1900 i. S. Gossweiler (B. Bl. 1900, III, 445. *Salis,* II, Nr. 790) und Bierpressionen zu verwenden; B. R. B. vom 14. Mai 1886 i. S. Spiess (B. Bl. 1886, II, 326. *Salis,* II, Nr. 783) ist nicht anfechtbar, wenn die sanitarische Gefahr wirklich besteht. Die Forderung, eine Ziegelei zu verlegen oder so zu betreiben, dass das benachbarte Schulhaus durch den Rauch nicht belästigt werde; B. R. B. vom 22. Juli 1881 i. S. Schwarzenbach (B. Bl. 1882, II, 755. *Salis,* II, Nr. 782, I), hat ebensowenig etwas Verfassungswidriges wie die Forderung, Ställe und Schweine aus dem Inneren einer Ortschaft zu entfernen; B. R. B. v. 26. Mai 1885 i. S. Helbling (B. Bl. 1886, I, 948. *Salis,* II, Nr. 782, II). Der *Schlachthauszwang* rechtfertigt sich als Mittel zur sanitarischen Fleischkontrolle; ist die Nützlichkeit der zentralisierten Einrichtung zu diesem Zweck und nicht zur Bequemlichkeit der Kontrollorgane dargetan, so ist auch gegen das Verbot privater, nach allen Anforderungen der Hygiene angelegter und der Polizei zugänglich gemachter Schlachthäuser grundsätzlich nichts einzuwenden. B. R. B. v. 8. Aug. 1889 i. S. 57 Metzgermeister (B. Bl. 1890, II, 179. *Salis,* II, Nr. 882 und die in Nr. 883 angeführten Entscheide; vgl. Nr. 788). Private Schlachtanstalten: B. R. B. v. 16. April 1883 i. S. Schuhmacher (B. Bl. 1884, II, 752.)

Bezüglich der *Arzneistoffe* ist erkannt worden, dass ein ausschliesslich den Apothekern gegebenes Verkaufsrecht gegen die B. V. nicht verstosse (B. Bl. 1876, II, 588. *Salis,* II, Nr. 795). B. R. B. v. 25. März 1892 i. S. Bisleri (B. Bl. 1892, II, 2. *Salis,* II, Nr. 799. Vgl. aber die schon zitierte Entscheidung betr. das Vitriol für Reben. *Salis,* II, Nr. 800); ja sogar ein ausschliessliches Verkaufsrecht der (amtlich kontrollierten) Apotheken des Kantons ist zulässig. B. R. B. v. 15. März 1897 i. S. Hausmann (B. Bl. 1897, I, 991. *Salis,*

II, Nr. 849). Umgekehrt darf den Apothekern verboten werden, andere als solche Stoffe zu verkaufen. B. R. B. v. 30. April 1880 i. S. Court (B. Bl. 1880, III, 475); bestätigt durch die B. Vers. v. 21. Dez. 1880 (B. Bl. 1881, II, 686. *Salis*, II, Nr. 848). Selbstverständlich darf der Verkauf schädlicher, gefährlicher oder unsittlicher Heilmittel untersagt werden. B. R. B. v. 20. Sept. 1898 i. S. Caspari (B. Bl. 1899, I, 379: Holléine des tireurs. *Salis*, II, Nr. 798); es darf der Verkauf von Arzneistoffen ohne ärztliche Verordnung überhaupt untersagt und die öffentliche Ankündigung zum Verkauf ohne ärztliche Verordnung von obrigkeitlicher Bewilligung abhängig gemacht werden. B. R. B. v. 29. Juni 1888, i. S. Haller & Gubler, bestätigt durch die B. Vers. a. 20. Dez. 1888 (B. Bl. 1888, IV, 712; 1889, II, 749). B. R. B. v. 4. Febr. 1890 i. S. Caspari (B. Bl. 1890, I, 335. *Salis*, II, Nr. 797, II); die Bewilligung darf aber nur aus tatsächlich zutreffenden Gründen erwähnter Art verweigert werden. B. R. B. v. 11. Aug. 1903 i. S. Golliez (B. Bl. 1903, III, 893); 17. Sept. 1903 i. S. Caspari (B. Bl. 1903, IV, 57).

Benutzung öffentlicher Strassen und Plätze.

Die Gewerbefreiheit gewährt den Privatpersonen kein Recht auf *Benutzung öffentlicher Strassen und Plätze*. B. R. B. v. 22. Jan. 1889 (B. Bl. 1889, I, 171. *Salis*, II, Nr. 757; vgl. Nr. 758, I); die Frage sowohl, welche Wege als öffentliche Strassen zu betrachten seien, als diejenige, in welcher Art die öffentlichen Strassen benutzt werden dürfen, sind Fragen des kantonalen Rechts. Nicht genug Rechnung trägt diesem Moment: B. R. B. v. 14. Nov. 1902 i. S. Baltz, Inderbitzin und Genossen (B. Bl. 1902, V, 403. *Salis*, II, Nr. 758, II). Verfügungen zu treffen über das Aufstellen von Mietwagen, über die zulässige Radbreite u. a. m. ist Sache der Kantone (B. Bl. 1879, II, 252. *Salis*, II, Nr. 758). Desgleichen Massregeln zur Aufrechterhaltung des Friedens zwischen Obsthändlerinnen auf einem öffentlichen Platze: B. R. B. v. 8. Nov. 1898 i. S. Zimmerli (B. Bl. 1898, V, 174. *Salis*, II, Nr. 759). Dagegen verlangt Art. 4 B. V., dass diese Grundsätze gegenüber allen die gleichen seien; die Verletzung der Rechtsgleichheit involviert zugleich eine Verletzung der Gewerbefreiheit, wenn sie einen Gewerbetreibenden in der Ausübung seines Berufes betrifft. Vgl. die oben besprochenen Entscheide betr. Reihenfolge der Kutscher und städtische Gas- und Wasseranstalten, S. 277, 283. Formelljuristisch zulässig, materiell aber mit Sinn und Geist der B. V. unvereinbar ist das Verbot der Stadt Bern, in den Strassen eine fahrbare Holzspaltmaschine aufzustellen. B. R. B. v 30. April 1895 i. S. Isenmann (B. Bl. 1895, II, 918); bestätigt durch die B. Vers. a. 18. März 1896 (B. Bl. 1897, I, 390. *Salis*, II, Nr. 760). Das gleiche gilt für die Benützung des öffentlichen Bodens und der öffentlichen Gewässer überhaupt; der Staat kann nicht willkürlich, wie ein Privateigentümer, dem einen die Benutzung gestatten und sie dem andern verweigern.

Wenn Art. 31 B. V. dem Bürger ein subjektives Recht auf Ausübung jedes Gewerbes in den dargestellten Schranken verleiht, so kann dieses Recht nicht noch einmal durch den Kanton **verliehen** werden; wo es nach Art. 31 B. V. nicht zulässig ist, kann der Kanton seine Bewilligung nicht verweigern, und wo die Verweigerung nach Bundesrecht zulässig ist, hat der Bewerber kein subjektives Recht. Eine förmliche

Bewilligung, wo sie nach kantonalem Recht besteht, hat bloss formelle, nicht materielle Bedeutung: sie dient nur zur Feststellung, dass der Bewerber alle Bedingungen erfüllt, die an ihn zulässigerweise gestellt werden können, und sie rechtfertigt sich nur da, wo eine solche vorgängige Kontrolle notwendig erscheint. Das Gewerbepatent kann nichts anderes sein als eine solche, gewerbepolizeilichen Kontrollzwecken dienende Bewilligung; es ist keine wirkliche Verleihung von Gewerberechten mehr. Es ergibt sich daraus, dass die Ausübung des Gewerbes allerdings unzulässig erklärt werden kann, solange es nicht förmlich bewilligt ist, B. R. B. vom 28. Januar 1898, Erw. 2, (B. Bl. 1898, I, 182), dass aber die Bedingungen der Gewerbeausübung nicht wiederum erschwert werden dürfen, weil eine Bewilligung erforderlich ist, gleichermassen als Entgelt für die Erteilung derselben; abgesehen von eigentlichen Gebühren darf daher *aus diesem Grunde* eine besondere Taxe nicht erhoben werden. B. R. B. v. 19. Aug. 1898 i. S. Jelmoli (B. Bl. 1898, IV, 347). Es ist also unrichtig, wenn das B. Ger. 24. März 1882 i. S. Martin-Siegrist u. G., VIII, 18, die Wirtschaftspatentsteuer gegenüber Art. 4 B. V. damit rechtfertigt, dass der Gewerbebetrieb aus polizeilichen Gründen dem Patentzwang unterworfen sei. In seinem Urteil vom 2. Febr. 1884, X, 29, erklärt es, nachdem sich die Konzessionspflicht für Effektensensale und Börsenagenten rechtfertige, sei es von selbst klar, dass Sonderbestimmungen über Kautionspflicht, Abschlussgebühr, Buchführung u. a. gerechtfertigt seien; B. Ger. XXIV, 1, 191; vgl. XI, 471; XIII, 20. Vielmehr umgekehrt: wenn es zulässig ist, eine besondere Gewerbesteuer zum voraus nach arbiträrem Ansatz zu erheben, so ist es auch zulässig, zur Kontrolle, dass diese Bedingung erfüllt wird, die Ausübung der Gewerbe an die vorherige Einholung der Bewilligung zu knüpfen. Und da diese Kontrolle überall vorgenommen werden kann, wo das Gewerbe ausgeübt wird, so darf auch überall die entsprechende Bewilligung und Steuer vorgeschrieben werden, was namentlich beim Gewerbebetrieb im Umherziehen in Betracht kommt. B. R. B. v. 27. Nov. 1900 i. S. Braun (B. Bl. 1900, IV, 780. *Salis*, II, Nr. 787), Viehhändlerpatent für *Ankauf* von Vieh im Kanton. Betr. Patenttaxen von Ärzten *Salis*, II, Nr. 835, wo grundsätzlich richtig entschieden worden ist, dass die Kantone für die Erteilung der Bewilligung zur Ausübung des ärztlichen Berufes nur eine Kanzleigebühr (allerdings eine merkwürdig hohe!) fordern können.

Es kann demnach zwischen einfacher Bewilligung und Patent oder Konzession nur ein formaler Unterschied bestehen.

Eine andere präventive, aber schwerer belastende Aufsichtsmassregel ist die *Kautionspflicht*, d. h. die Pflicht, die Bezahlung eines bestimmten Betrages sicherzustellen. Es kann sich dabei um eine Zahlungspflicht an den Staat (oder die Gemeinde) oder an Private handeln; um Steuern und allfällige Bussen oder um Erfüllung von geschäftlichen Verpflichtungen. Zur Sicherstellung von noch nicht fälligen Steuern darf m. E. überhaupt keine Kaution verlangt werden; muss die Steuer zum voraus entrichtet werden, wie die Patenttaxe, so wird die Ausübung des Geschäftes eben nur unter dieser Bedingung gestattet; muss sie erst nach verflossener Steuerperiode entrichtet werden, so darf nicht einem Gewerbetreibenden die Bewilligung deshalb verweigert werden, weil er die Steuern möglicherweise nicht

zahlen kann. Art. 31 B. V. garantiert ihm die Gewerbefreiheit nicht, damit er Steuern zahlen könne, sondern zu seinem eigenen Nutzen. Es darf auch einem Gewerbetreibenden in der Regel keine Kaution für die Zahlung von Bussen auferlegt werden, die er noch nicht verwirkt hat und möglicherweise nie verwirken wird; noch viel weniger darf eine Gewerbebewilligung wegen der Mittellosigkeit des Bewerbers verweigert werden. B. R. B. 14. Juli 1898 i. S. Wahrenberger (B. Bl. 1899, I, 375; *Salis*, II, Nr. 967, II). Eine Ausnahme ist m. E. zulässig, wenn besondere Umstände das Misstrauen gegen die Person rechtfertigen, wie frühere Bestrafungen, mangelhafter Leumund.

Auch die in unserer föderalistischen Staatsverfassung liegende Schwierigkeit für einen Kanton, Bussen in einem andern Kanton einzutreiben, legitimiert die Auferlegung einer Kaution nicht; es darf nicht einem unklagbaren Gewerbetreibenden die Ausübung seines Gewerbes erschwert oder verunmöglicht werden aus Gründen, die in seiner Person nicht begründet sind; man würde damit auf kürzestem Wege wieder zur Abschliessung der Kantonsgebiete gelangen, vgl. *Salis*, V, Nr. 2104, 2111 (Fischerei und Jagd). Zweifelhaft mag es erscheinen, ob die Kantone aus solchen Gründen nicht wenigstens verlangen können, dass die auswärts domizilierten Gewerbetreibenden im Kanton ein *Domizil verzeigen*, an dem sie auf Erfüllung ihrer Verpflichtungen gegenüber dem Staate belangt werden können. Der B. R. hat die Frage wohl sachgemäss beantwortet, als er bei der Gewährleistung der Urner Verfassung vom Jahre 1888 (Art. 31) und anlässlich eines Rekurses der Internationalen Schlafwagengesellschaft i. J. 1898 die Art des Gewerbebetriebes und die durch die Domizilverzeigung auferlegte Erschwerung nach den Umständen des einzelnen Falles entscheidend sein liess; es darf verlangt werden, dass auch die ihrem Zwecke nach zulässigen Massregeln der Wichtigkeit des Erfolges angemessen seien. Botschaft des B. R. vom 11. Juni 1888 (B. Bl. 1888, III, 555. *Salis*, I, S. 230). B. R. B. 28. Januar 1898 (B. Bl. 1898, I, 182, 193; *Salis*, II, Nr. 753); vgl. auch unten Art. *59*.

Die *Kautionspflicht* als Garantie der Erfüllung der geschäftlichen Verbindlichkeiten gegen Private ist zulässig, wenn die Art des Gewerbes einen derartigen Schutz der Gegenpartei rechtfertigt, sei es, weil der Gewerbetreibende grossen und langterminigen Kredit in Anspruch nimmt, wie Pfandleih- und Versicherungsgeschäfte, sei es, dass er das ihm gewährte Vertrauen leicht missbrauchen, wie bei Inkasso- und Stellenvermittlungsgeschäften, oder er sich der gerichtlichen Belangung leicht entziehen kann, wie beim Handel im Umherziehen. Doch ist auch hier Mass zu halten; die angeführten Gefahren bestehen mehr oder weniger bei allen Gewerbearten; die Interessen des Publikums zu ängstlich wahren hiesse die Gewerbefreiheit in unzulässiger Weise einschränken; die Kautionspflicht wird immer dem wohlhabenden Konkurrenten auf Kosten des mittellosen zu gute kommen. Dem B. R. muss daher auch hier ein Moderationsrecht zustehen[1]).

---

[1]) *Salis*, II, S. 617, Note. Die Kautionspflicht darf m. E. nicht als Mittel dienen, um den Schwindel und die unreelle Geschäftsführung im allgemeinen zu bekämpfen, sonst könnte sie überall eingeführt werden. Vgl. B. R. B. v. 27. Nov. 1900 i. S. Braun, B. Bl. 1900, IV, 780. *Salis*, II, S 587, Nr. 867 (Realkaution von Fr. 4000 für Geschäftsagenten), Nr. 868 (Fr. 10,000), Nr. 869, vgl. 1. Aufl. II, Nr. 591 i. f. (Fr. 15,000), 2. Aufl. II, Nr. 869

3. Die kantonale Steuerhoheit.

A. Im Gegensatz zu den soeben behandelten *rechtlichen* Beschränkungen der Gewerbefreiheit stellen die öffentlichen Abgaben eine *tatsächliche* Beschränkung dar; lassen sie das Recht der Gewerbeausübung unberührt, so erschweren sie doch die Ausübung selber, ja machen sie vielleicht unmöglich; denn wenn ein Gewerbe unrentabel gemacht ist, ist es als Erwerbszweig unmöglich gemacht. Es fragt sich, ob die Kantone kraft ihrer Steuerhoheit über die praktische Verwirklichung der Gewerbefreiheit verfügen können.

Es stehen sich zwei gleich konsequente, aber auch gleich extreme Lösungen gegenüber.

Man kann aus der Steuerhoheit der Kantone folgern, sie seien nicht nur kompetent, Steuern überhaupt zu erheben, sondern auch den Massstab der Verteilung auf die Einzelnen zu bestimmen, wobei sie die verschiedenen Gewerbsarten nach ihrer Einträglichkeit, nach ihrem Betriebskapital oder nach dem Masse, in dem sie die Staatseinrichtungen benutzen, oder auch nach ihrer wirtschaftlichen Nützlichkeit und Notwendigkeit, nach ihrer polizeilichen Gefährlichkeit u. a. m. belasten können. Die Kantone können auf dem Wege der Steuergesetzgebung so gut Wirtschaftspolitik treiben, wie es der Bund mit seiner Zollgesetzgebung tut. Wie es ihre Kompetenz, müsste es auch die Sorge der Kantone bleiben, den Wohlstand ihres Gewerbes nicht durch unmässige Steuern zu untergraben. Folge dieses Systems wäre die vollständige Freiheit der Kantone in der Festsetzung des Masses der Besteuerung, mit der einzigen Beschränkung, dass der Grundsatz der Gleichheit vor dem Gesetze nicht verletzt werden dürfte. Dagegen ist aber einzuwenden, dass die Kantone mit dieser Kompetenz die Gewerbefreiheit wieder illusorisch machen könnten, und dass ihnen Art. 31, lit. *e*, B. V. die Steuerhoheit nicht uneingeschränkt, sondern mit der ausdrücklichen Einschränkung der Gewerbefreiheit vorbehielt. (Vgl. z. B. B. Bl. 1876, II, 594; *Salis*, II, Nr. 812.)

Die entgegengesetzte Lösung wäre von der Erwägung aus zu begründen, die Kantone sollen auf dem indirekten Wege der Steuergesetzgebung nicht bewirken, was sie auf dem direkten Wege der Polizeigesetzgebung nicht bewirken können; sie sollen nicht durch die verschiedene Bemessung der Steuern nach Gewerben oder Betriebsarten das eine unterstützen, das andere unterdrücken und so das freie Spiel des Gesetzes von Angebot und Nachfrage stören; die Kompetenz der Steuererhebung sei den Kantonen nicht zu diesem Zwecke, sondern nur zur Beschaffung der nötigen Geldmittel gegeben. Folge dieses Systems wäre, den Kantonen jede besondere Besteuerung der Gewerbe oder wenigstens einzelner Gewerbe zu verbieten und nur die Besteuerung nach einem allen Gewerben gemeinsamen Massstab wie Einkommen, Betriebskapital oder einer Verbindung beider zu gestatten. — Dies kann aber nicht die Meinung der Urheber der B. V. gewesen sein, denn Art. 31, lit. *e*, behält

(Fr. 20,000 für Börsenagenten), Nr. 787 (Viehhandel Fr. 5000). Von Bundes wegen ist die Kautionspflicht eingeführt beim Versicherungsgewerbe: Art. 2, Ziff. 5, des Bundesgesetzes vom 25. Juni 1885 (Reglement vom 12. Okt. 1886), und für Auswanderungsagenturen: Art. 4 des Bundesgesetzes vom 22. März 1888, A. S. X, 652.

mit den Worten «Besteuerung des Gewerbebetriebes» nicht nur die allgemeinen Steuergesetze vor, sondern auch die besonderen Gewerbesteuern, wie Wirtschafts- und Hausierpatenttaxen[1]).

Die bundesrätliche Praxis hat einen Mittelweg eingeschlagen; sie hat zunächst den richtigen Satz aufgestellt, dass allgemeine direkte Steuern, welche, sei es auf Vermögen, sei es auf Einkommen und Erwerb der Staatsbürger, ohne Unterschied und ohne Rücksicht auf das von dem Einzelnen betriebene Gewerbe gelegt werden, keine Besteuerung des Gewerbebetriebes i. S. von Art. 31, lit. *e*, sind, und also nicht auf Grund dieser Bestimmung angefochten werden können, selbst wenn tatsächlich infolge der Höhe dieser Steuern das eine oder andere Gewerbe die Konkurrenz mit gleichartigen ausserkantonalen oder ausländischen Gewerben nicht mehr auszuhalten vermöchte. B. R. B. vom 8. Dez. 1888 i. S. Schweiz. Rentenanstalt (B. Bl. 1888, IV, 1118; *Salis*, II, Nr. 801; 1. Aufl. Nr. 582). Deshalb kann auch die ungleiche Behandlung der inn- und ausserhalb des Kantons wohnenden Liegenschaftseigentümer in betreff des Hypothekarschuldenabzuges vom Standpunkte des Art. 31 aus nicht angefochten werden. B. R. B. vom 12. Juni 1882 i. S. Curti, bestätigt durch B. Vers. am 27. Nov. 1883 (B. Bl. 1882, IV, 527; 1884, II, 747. *Salis*, II, Nr. 803; 1. Aufl. II, Nr. 576). In einem Entscheide vom 20. Dez. 1902 (B. Bl. 1902, V, 988; *Salis*, II, Nr. 818) erklärte der B. R. in einem allerdings krassen Fall unvernünftiger Besteuerung, sowohl die direkte wie die indirekte Besteuerung der Kantone sei durch den Grundsatz der Gewerbefreiheit beschränkt (speziell auch die Stempelsteuer). Vgl. *Salis*, ibid., S. 755, Nr. 920. Dagegen darf der Betrieb eines bestimmten Geschäftszweiges durch besondere Gewerbesteuern nicht in so hohem Grade belastet werden, dass ein billiges Erträgnis nicht mehr erzielt werden kann. Diese Regel ist in zahlreichen Entscheiden auf die verschiedenen Gewerbesteuern, -taxen und sogen. -gebühren angewendet worden. In diesem Sinn ist z. B. entschieden worden, dass eine jährliche Steuer von 1% der Emissionssumme die Emissionsbanken nicht übermässig belastet (*Salis*, II, Nr. 809, 1. Aufl., Nr. 584); eine Patenttaxe von Fr. 10—300 für den Kleinverkauf von Tabak ist nicht verfassungswidrig (*ibid.*, Nr. 810); desgleichen Marktgebühren von Fr. 2.50 für Jahrmärkte und Fr. 1.50 für Wochenmärkte, wohl aber Fleischschaugebühren von 10 Cts. per Kilo für geräuchertes Fleisch (*ibid.*, Nr. 821); zulässig sind jährliche Platzgebühren von Fr. 134, Fr. 300, Fr. 340 für den Fleischmarkt (*ibid.*, Nr. 821 *a*); Hausierpatenttaxen, die bis auf Fr. 200 monatlich für Unterkleider und Stoffresten gehen können, oder nicht billig abgestuft werden können, sind verfassungswidrig (*ibid.*, Nr. 897, vgl. 1. Aufl., Nr. 618, 622; 2. Aufl., Nr. 898 ff., 814); jährliche Konzessionsgebühren von Fr. 500 für die Börsenagenten und Fr. 200 für die Sensale sind nicht übermässig hoch (*ibid.*, Nr. 869); die Besteuerung eines auswärtigen Augenarztes mit Fr. 120 in 2 Wochen beeinträchtigt die Gewerbefreiheit (*ibid.*, Nr. 812); nicht dagegen eine Gewerbesteuer von Fr. 500, die 8,1% des Reingewinns einer Ersparniskasse auf Gegenseitigkeit gleichkommt, bei Fr. 724,000

---

[1]) *Schollenberger*, Schweizer. Handels- und Gewerbeordnungen, S. 25. Wenn es im B. R. B. vom 11. Juli 1902 i. S. Glarner-Fieger, B. Bl. 1902, IV, 16; *Salis*, II, Nr. 808, heisst, es könne den Kantonen grundsätzlich das Recht nicht bestritten werden, nicht nur den Hausierhandel, sondern die Ausübung allen Handels und jeden Gewerbes steuer- oder taxpflichtig zu erklären, so fehlt diesem Grundsatz noch eine grundsätzliche Beschränkung.

Einlagen und einem Wechselportefeuille von Fr. 537,000 (*ibid.*, Nr. 813, vgl. 811)[1]).

Diese vom B. R. angenommene und von der B. Vers. bestätigte Regel ist nicht nur von höchst unsicherer Anwendung wegen der Schwierigkeit, die so verschiedenen rechtlichen und tatsächlichen Momente nach gleichem Mass zu beurteilen, sie ist ihrem Wesen nach opportunistisch und lässt sich nicht konsequent durchführen. Denn eine und dieselbe Steuer kann für das eine Gewerbe erträglich, für das andere erdrückend sein, je nach der Rentabilität oder Kapitalkräftigkeit des Gewerbes; soll die Steuer deshalb für letzteres herabgesetzt werden? Ein Kanton, eine Gemeinde können neuer Einnahmen so notwendig bedürfen, dass sie die schon hohen Steuern noch erhöhen müssen; soll sie eine Gewerbebranche daran hindern dürfen, weil sie mehr nicht zu zahlen vermag? Ein solcher Grundsatz würde schliesslich auf die Bevorzugung der schwächeren, der lebensunfähigen Industrien hinausführen, wie es der B. R. selber anerkannt hat in einem Entscheid vom 29. Sept. 1902 i. S. Automatengesellschaft (B. Bl. 1902, IV, 565; *Salis*, II, Nr. 898); ebenso B. R. B. vom 20. Januar 1903 i. gl. S. (B. Bl. 1903, I, 119). Gerade diese Entscheidungen sind aber anschauliche Beispiele dafür, dass dieser letzte Grundsatz unvereinbar ist mit der bundesrätlichen Maxime, dass die Besteuerung in einem «objektiv» angemessenen Verhältnis zur Rentabilität des Geschäftes stehen soll.

Es ist unbestreitbar der Sinn der B. V., dass die Kantone neben oder anstatt den allgemeinen Steuern einzelne Gewerbe mit besonderen Steuern belasten können, d. h. mit solchen, die nicht nur in der verhältnismässigen Erhöhung der allgemeinen Steuern bestehen, sondern auf anderer, für jedes Gewerbe besonderer Grundlage beruhen; und ist diese Besteuerung für *ein* Gewerbe zulässig, so ist sie es auch für die anderen. Es könnte nun die durch Art. 31 B. V. postulierte Beschränkung darin gefunden werden, dass solche Spezialabgaben nur nach den wirtschaftlichen Faktoren des Gewerbes und nicht nach gewerbepolizeilichen Rücksichten bemessen werden dürfen, da sich polizeiliche Einschränkungen des Gewerbebetriebes nicht in jene unkontrollierbare, stets etwas willkürliche Form kleiden sollen. Allein es scheint schliesslich dem Grundsatz der Gewerbefreiheit, wie er oben definiert wurde, nicht zu widersprechen, wenn polizeilich bedenkliche, zu Missbräuchen Anlass gebende Gewerbe oder Betriebsarten fiskalisch schwerer belastet werden als die anderen, wenn die Kantone diejenigen Gewerbe am meisten belasten, deren volkswirtschaftliche Funktion für ihr Gebiet am entbehrlichsten ist, sofern sie nur nicht die Wirkung der freien Konkurrenz selbst auf einem bestimmten Erwerbsgebiete (unter Personen, die das *gleiche* Gewerbe ausüben) zu korrigieren trachten. Vgl. B. R. B. v. 19. Aug. 1898 i. S. Jelmoli (B. Bl. 1898, IV, 347; *Salis*, II, Nr. 901). B. R. B. v. 30. März 1899 i. S. Elise Dreyfus (B. Bl. 1899, II, 530; *Salis*, II, Nr. 902); die Entscheide sind m. E. unrichtig.

Wenn sich letzteres nicht nachweisen lässt[2]), und es wird in den seltensten Fällen möglich sein, so ist die Steuer vom Standpunkte des

[1]) Andere Entscheide: *Salis*, II, Nr. 805; Patenttaxen von Aktiengesellschaften von Fr. 5–1000 im Jahr; Nr. 817: „Staatsgebühr“ für polizeiliche und fabrikpolizeiliche Bewilligungen; „Gebühr“ von Fr. 310 für die Bewilligung von Sonntagsarbeit und den Bau von 4 Hütten zur Aufbewahrung von Sprengstoffen.

[2]) M. E. liegt dieses Motiv offenbar den Besteuerungen von Ausverkäufen und sogar Massenverkäufen zu Grunde, wie sie in den eben zitierten Entscheiden zu Grunde

Art. 31 B. V. unanfechtbar, wie hoch sie auch sei; es kann sich bloss noch fragen, ob sie mit Art. 4 B. V. in Widerspruch stehe, nicht weil sie dieses Gewerbe in unzulässigem Masse oder aus unzulässigen Gründen belastete, sondern weil sie es in willkürlicher, durch keine sachlichen Erwägungen gerechtfertigter Weise *mehr* belastet als andere Gewerbe; die ungleiche Behandlung eines Gewerbes im Verhältnis zu andern verletzt nicht Art. 31, der nur die gleiche Behandlung von Konkurrenten, also gleiches Gewerbe Übender, fordert. B. R. B. v. 14. Januar 1898 i. S. Walliser Ersparniskasse (B. Bl. 1898, I, 148; *Salis*, II, Nr. 813, Erw. 1 u. 3). Bei der Beurteilung ungleicher Verteilung der Steuerlast auf die verschiedenen Gewerbe ist nicht davon auszugehen, dass die Steuern geschaffen worden seien, um die Gewerbetreibenden mehr oder weniger zu bedrücken, sondern davon, dass der Staat nur diejenigen Steuern erhebt, deren er bedarf, und dass er diese Last auf irgend eine Weise auf die erwerbenden Bürger verteilen muss. Wenn er dabei aus volkswirtschaftlichen Erwägungen glaubt, im Interesse des Landes ein Gewerbe mehr belasten zu können als die anderen, so muss ihm diese Freiheit der Steuerpolitik gelassen werden, Willkür vorbehalten.

Auf Grund von Art. 31 hat die Bundesbehörde nicht zu untersuchen, ob das kantonale Steuergesetz richtig angewendet und die Steuer richtig berechnet sei, sondern nur, ob sie in ihrem endlichen Ergebnis nicht bundesrechtswidrig sei.

B. Eine weitere durch die Rechtsprechung noch nicht gelöste und vielleicht unlösbare Frage ist die der *Besteuerung der im Kantone nicht ansässigen Gewerbetreibenden.* In bezug auf die allgemeinen Steuern sind sie vor Doppelbesteuerung durch Art 46, Abs. 2, B. V., wie er durch das B. Ger. ausgelegt wurde, geschützt; sie dürfen in der Regel nur am Orte ihrer Hauptniederlassung oder ihrer Zweigniederlassungen besteuert werden. Auf die besondern Gewerbesteuern[1]) dagegen findet das Verbot der Doppelbesteuerung nach bundesgerichtlicher Praxis nicht Anwendung; sie dürfen überall da erhoben werden, wo das Gewerbe betrieben wird. Der B. R. musste seinerseits zur Auffassung gelangen, dass, wenn der Gewerbebetrieb als solcher mit besonderen Abgaben belastet werden darf, jeder Kanton sie erheben darf, in dem das Gewerbe betrieben wird, dass somit der Gewerbetreibende die Steuer in allen Kantonen entrichten muss, wenn er in der ganzen Schweiz Geschäfte machen will[2]). Folgerichtig darf der Kanton auch allen seinen Gemein-

---

liegen; bald wird jeder Kaufmann eine Steuer zahlen müssen, der sich seine Vorräte billiger als die andern verschafft hat. Die einzige Gefahr für die Redlichkeit des Geschäftes liegt in der Möglichkeit, das Publikum über den Grund des Ausverkaufes zu täuschen; im übrigen ist Treu und Glauben nicht mehr gefährdet als beim gewöhnlichen Verkauf. Alle die Gründe, die zur besondern Besteuerung des Hausierhandels angeführt wurden, dem die Ausverkäufe gleichgestellt werden, fehlen beim sesshaften Handel.

[1]) Das B. Ger. versteht darunter eine Abgabe, die sich als Entgelt für die besondere Inanspruchnahme der öffentlichen Polizei darstellt, im Gegensatz zu einem direkten Beitrag an die Kosten des Staatshaushaltes. B. Ger. XXV, 199; XXIV, 446, 605, 615. Ob diese Unterscheidung richtig sei, ist hier gleichgültig.

[2]) Es handelt sich allerdings in der Hauptsache um Gewerbetrieb im Umherziehen, aber grundsätzlich kann ein Kanton auf jedes Gewerbe eine Betriebssteuer legen, wo man dann wieder beim Standpunkt der 1848er Verf. angelangt wäre. Vgl. B. R. B. v. 5. Febr. 1895 i. S. Graf, B. Bl. 1895, I, 219; *Salis*, II, Nr. 814. *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht, III, 98.

den die Erhebung einer kleinen Abgabe gestatten. Nach bundesrätlicher Maxime muss dann einmal Halt geboten werden, wenn die Belästigung zu arg wird [1]). Eine Schranke gegenüber einer solchen Häufung von Abgaben bestünde nur darin, dass die in andern Kantonen niedergelassenen Gewerbetreibenden gleicher Kategorie nicht stärker belastet werden dürfen als die einheimischen [2]). Diese Schranke genügt aber offenbar nicht und sie wurde nicht einmal immer eingehalten. B. R. B. v. 2. Juli 1897 (B. Bl. 1898, I, 455; *Salis*, II, Nr. 900), wo es zugelassen wurde, dass ein bernischer Speck- und Fetthändler im Kanton Luzern mit einer höhern Patenttaxe besteuert werde als die hier ansässigen, als billiges Äquivalent für die von letzteren bezahlten Steuern; eine solche Ausgleichung der Verteilung der allgemeinen Steuern, wie sie Art. 46, Abs. 2, B. V., vorschreibt, darf nicht vorgenommen werden. Es kommt allerdings im Erfolg auf das Gleiche heraus, wenn einzelne Kantone die Patentsteuern vom versteuerbaren Einkommen oder ganz oder teilweise von der Einkommensteuer selbst abziehen. *Schollenberger*, Die schweiz. Freiheitsrechte, S. 10.

Eine grundsätzliche Lösung ist m. E. überhaupt unmöglich; wären die besonderen Steuern, um die es sich handelt, nach dem Umfang des *wirklichen* Geschäftsbetriebes oder des *wirklich* realisierten Gewinnes bemessen, wären die am Orte der Besteuerung nicht ansässigen Gewerbetreibenden gleich belastet wie die ansässigen, nämlich im Verhältnis ihres Geschäftsumfanges oder ihres Gewinnes, die örtliche Zerstreuung ihres Betriebes hätte für sie keinen Nachteil. Die fraglichen Abgaben werden aber zum voraus nach dem mutmasslichen, naturgemäss eher zu hoch als zu niedrig geschätzten Geschäftsumfang und -gewinn abgemessen; sie sind notwendigerweise arbiträr und tatsächlich dem Auswärtigen gegenüber nachteilig, der sein Gewerberecht nicht so intensiv ausnützt wie der Einheimische; willkürlich im Sinne des Art. 4 B. V. kann die Taxierung nicht genannt werden, weil sie sich auf sachliche, wenn auch mutmassliche Annahmen stützt. Es geht auch nicht an, die Kantone anzuhalten, die Auswärtigen mässiger zu besteuern, weil sie ihr Gewerbe möglicherweise im Kanton ebenso intensiv ausüben, als wenn sie niedergelassen wären. Der Widerspruch liegt im System selbst, das eine Besteuerung beinahe ohne Rücksicht auf Ausdehnung

---

[1]) Vgl. *Salis*, II, Nr. 878 (Besteuerung der Urner Kutscher im Kt. Wallis); Nr. 890; 899, sowie B. R. B. v. 4. Jan. 1881, B. Bl. 1881, II. 643; 1882, I, 355, betr. Handelsreisende; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr 625. In den Entscheiden, in denen der B. R. die Frage zu lösen hatte, ob die Eisenbahnspeisewagen und die Dampfschiffe auf interkantonalen Seen in allen Kantonen Wirtschaftspatente zu nehmen haben, in denen sie kursieren, fiel nicht nur das Übermässige einer solchen Besteuerung, sondern auch der Umstand in Betracht, dass es sich nur um einen einzigen Betrieb handelte, der in verschiedenen Kantonen stattfand, und dass es eine Ungleichheit gewesen wäre, diesen vorübergehenden Betrieb wie einen ständigen zu behandeln: B. R. B. v. 18. Jan. 1887. B. Bl. 1887, I, 179; 28. Jan. 1898, B. Bl. 1898, I, 182; 21. März 1899, B. Bl. 1899, I, 885; 1900, I. 815. *Salis*, II, Nr. 944, 945. — B. R. B. v. 20. Jan. 1903 i. S. Automatengesellschaft, B. Bl. 1903, I, 119. Durch B. R. B. vom 27. Januar 1903 i. S. Thorner, B. Bl. 1903, I, 236, hob die Rekursbehörde eine Hausierpatenttaxe von Fr. 200 per Monat oder 600 per Vierteljahr als verfassungswidrig auf; in einem neuen Rekursentscheid erklärte der B. R., auch Fr. 75 per Monat seien noch zu viel, da sich herausgestellt hatte, dass der Beschwerdeführer dabei nicht bestehen könne: B. R. B. v. 25. März 1904 i. gl. S., B. Bl. 1904, II, 364. Die Tendenz der Berner Regierung, den Hausierhandel durch erdrückende Taxen für den sesshaften Handel unschädlich zu machen, war allerdings dem Sinne der B. V. zuwider.

[2]) Sie wurde eingehalten in dem in Note 2 angeführten Entscheid, *Salis*, II, Nr. 814.

und Einträglichkeit des Geschäftes gestattet[1]); er kann nur gelöst werden durch eine einheitliche Gesetzgebung für die ganze Schweiz, wie es für die Patenttaxen der Handelsreisenden geschehen ist[2]). Bis dahin ist die Praxis des B. R., welche allzuhohe Steuern ermässigt, ein annehmbarer Notbehelf.

C. Endlich ist auf das *Verhältnis von Gebühr und Steuer* hinzuweisen; die Gebühren wurden stets von der einschränkenden Wirkung des Grundsatzes der Gewerbefreiheit ausgenommen, was sicher dem Sinne der Verfassung entspricht. Damit aber nicht unter dem Namen von Gebühren unzulässige Steuern eingeführt werden, muss nicht der Name, sondern die Sache darüber entscheiden, was eine Gebühr und was eine Steuer ist. Eine Gebühr im Sinne unserer Materie ist die öffentliche Abgabe, die der Staat als Entgelt fordert für eine Tätigkeit, um die er angegangen wird oder für die Benutzung einer öffentlichen Anstalt. Es genügt nicht, dass die Abgabe zur Deckung der Kosten diene, zu denen ihn die Abgabepflichtigen veranlassen. Verteilt der Staat die Kosten der Marktpolizei auf die Markthändler, diejenigen der Forstpolizei auf die Waldbesitzer, diejenigen der Hausier- und Gewerbepolizei auf die Hausierer und Gewerbsleute, so bezieht er nicht eine Gebühr, sondern eine Steuer. Sonst könnte der Staat eine ganze Reihe seiner Ausgaben durch Gebühren der Interessenten decken, ohne sich um den Grundsatz der Gewerbefreiheit zu kümmern. Wenn die Gebühren ohne Einschränkung als zulässig erachtet werden können, so verdanken sie es ihrer Geringfügigkeit und ihrer begrenzten Anwendbarkeit; dann müssen sie aber das bleiben, als was sie eben bezeichnet worden sind. Die Praxis der Bundesbehörden stellt einen wesentlich weiteren Begriff auf (B. Bl. 1897, I, 212. *Salis,* II, Nr. 816). B. R. B. vom 22. Mai 1891 i. S. Leitenpergher und Buchser (B. Bl. 1891, II, 1022; *Salis,* II, Nr. 817); vgl. Nr. 819 (Holzschlaggebühren); vgl. Nr. 945, S. 789 (betr. Wirtschaftspatentsteuer); B. Ger. XXIX, 45. Daher sind Holzschlaggebühren, die zur Deckung der Forstpolizeikosten dienen (vgl. *Salis,* II, Nr. 819), Abschlussgebühren der Börsensensale, Beiträge von Versicherungsgesellschaften an die Kosten der Feuerpolizei u. a. m., Steuern; wirkliche Gebühren, wie Kanzleigebühren, Fleischschau- und Schlachthausgebühren, Markt- und Platzgebühren, können diese Eigenschaft nur beanspruchen, sofern sie das Mass eines Entgeltes für die staatliche Leistung nicht überschreiten. Stempelgebühren sind in der Regel allgemeine indirekte Steuern; wirkliche Konzessionsgebühren, d. h. für staatlich *verliehene* Gewerberechte stehen, wie diese selbst, nicht unter Art. 31 B. V. B. R. B. v. 8. Aug. 1889 i. S. Genfer Metzger (B. Bl. 1890, II, 179; *Salis,* II, Nr. 882). Die Konzessionsgebühren der Apotheker, Ärzte u. s. w. sind in Wirklichkeit Steuern; *Salis,* II, Nr. 847 (Apotheken); Nr. 835: Kanzleigebühr von Fr. 100 für die Ausstellung eines Arztpatentes zu hoch!; Nr. 819: angebliche Gebühr von einigen hundert Franken für polizeiliche und fabrikpolizeiliche Bewilligungen.

Die praktische Bedeutung der Unterscheidung zwischen Gebühr und Steuer ist die, dass die Gebühr nicht wegen ihrer Höhe als ver-

[1]) Anders wäre es z. B. im Wirtschaftsgewerbe, bei dem sich die Bedeutung des Geschäftes durch äussere Anstalten kund gibt; Wirtschaftspatenttaxen kommen aber hier kaum in Betracht.

[2]) Vgl. B. Bl. 1882, I, 358.

fassungswidrig erklärt werden kann und dass sie ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Gewerbetreibenden überall erhoben werden kann, wo der Staat oder staatliche Anstalten in Anspruch genommen werden.

4. Das Wirtschaftsgewerbe.

A. Die Bedürfnisklausel.

a. Das Wirtschaftsgewerbe und der Kleinhandel mit geistigen Getränken ist nach lit. *c* des Art. 31 B. V. nicht der vollen Gewerbefreiheit teilhaftig; die Kantone können sie auf dem Wege der Gesetzgebung *den durch das öffentliche Wohl geforderten Beschränkungen* unterwerfen. Mit dieser allgemeinen Wendung wollte man, wie aus der Entstehungsgeschichte unzweideutig hervorgeht und durch konstante Praxis bestätigt worden ist, nur aussprechen, dass die Zahl der Wirtschaften beschränkt werden darf nach Massgabe des öffentlichen Bedürfnisses, in der Annahme, die allzugrosse Zahl der Wirtschaften sei eine der Ursachen des Alkoholismus. Wenn für eine neue Wirtschaft ein Bedürfnis nicht besteht, so ist damit auch festgestellt, dass die Errichtung einer solchen dem öffentlichen Wohl zuwiderläuft (B. Bl. 1900, I, 805; 1904, IV, 970). Andere mit dem Grundsatz der Gewerbefreiheit unverträgliche Einschränkungen dürfen nicht aus der erwähnten Bestimmung abgeleitet werden. Kreisschreiben des B. R. vom 1. Juni 1886 (B. Bl. 1886, II, 664); B. R. B. v. 30 April 1901 i. S. Comolli (B. Bl. 1901, II, 1005. *Salis*, II, Nr. 921, III). Es darf z. B. nicht ein Wirtschaftspatent für ein Hotel verweigert werden, um keine Hotelkrisis zu provozieren. B. R. B. vom 23. Jan. 1900 i. S. Bodevin (B. Bl. 1900, I, 75. *Salis*, II, Nr. 928), oder weil die entfernte Lage der Wirtschaft die polizeiliche Aufsicht erschweren würde. B. R. B. v. 9. Aug. 1897 i. S. Burger-Gehrig (B. Bl. 1897, IV, 7. *Salis*, II, Nr. 981). B. R. B. v. 6. Sept. 1904 i. S. Charrière (B. Bl. 1904, IV, 973). Vgl. dagegen B. R. B. v. 25. Juli 1885 i. S. Schranner (B. Bl. 1885, II, 759. *Salis*, II, Nr. 982 und die in Nr. 954, 4° ibid. angeführten): es darf dagegen verlangt werden, dass die Wirtschafts*lokale* der Aufsicht zugänglich seien; andere Entscheide sind bereits oben, Ziffer 1, angeführt worden. Namentlich gilt auch im Wirtschaftsgewerbe der Grundsatz der Rechtsgleichheit und das Verbot der Willkür. B. R. B. v. 4. Juli 1893 i. S. Brugger (B. Bl. 1898, III, 723. *Salis*, II, Nr. 735, 933—940); vgl. den oben zitierten Entscheid Charrière; eine Ungleichheit liegt z. B. darin, dass die kantonale Behörde neue Wirtschaften bewilligt, während sie bestehende unter Berufung auf den Mangel eines Bedürfnisses eingehen lässt (*Salis*, a. a. O. Nr. 933); dass sie in einer Gemeinde aus gleichem Grunde das Patent verweigert, während sie in andern, weniger bevölkerten, solche erteilt hat (*ibid.* Nr. 935); dass sie dem einen ein Patent auf Grund blosser Baupläne erteilt, vom andern die Erstellung des Gebäudes verlangt (Nr. 937, vgl. Nr. 938), oder ohne jede gesetzliche Grundlage eine Patentzusicherung zum voraus erteilt (Nr. 939). Die Beobachtung der Rechtsgleichheit ist besonders erschwert in den Kantonen, welche die sog. « Bedürfnisklausel » eingeführt haben; wem soll das erste Wirtschaftspatent verliehen werden, wenn sich das Bedürfnis einer neuen Wirtschaft gezeigt hat? Die Versuchung, nach Ansehen der Person oder der Partei zu entscheiden, ist um so grösser, als es auch mehr oder weniger

in das Ermessen der Behörde gestellt ist, zu entscheiden, wann sich das Bedürfnis nach einer neuen Wirtschaft bemerkbar macht. Dies ist der schwache Punkt der im Jahre 1885 eingeführten neuen Ordnung. Der Grundsatz der Rechtsgleichheit verlangt m. E. nicht, dass *ein* bestimmtes Verfahren befolgt werde, z. B. das der Berücksichtigung der Gesuche nach dem Datum ihrer Einreichung, wohl aber, dass irgend ein vernünftiges Verfahren zur Regel gemacht und bekannt gegeben werde. B. R. B. v. 28. Okt. 1898 i. S. Hogg-Mons (B. Bl. 1898, IV, 130. *Salis,* II, Nr. 934). Damit ist aber erst eine schwache Garantie für ein wirklich unparteiisches Vorgehen der kantonalen Behörden gegeben; es kommt das meiste auf Erwägungen tatsächlicher Natur an.

Die B. V. verlangt, dass, wenn ein *Bedürfnis* vorliegt, die Bewilligung erteilt werde, ohne näheres darüber auszusagen, was unter Bedürfnis zu verstehen sei. Trotzdem dürfen die zur Wahrung der Gewerbefreiheit kompetenten Bundesbehörden die Frage nicht von der Hand weisen, weil sie eine tatsächliche sei; naturgemäss werden sie aber ohne triftigen Grund von der Auffassung der kantonalen Behörden nicht abweichen. In diesem Sinn hat sich die Praxis des B. R. herausgebildet. Die bei *Salis,* II, Nr. 926 angeführten Entscheide schränken das Überprüfungsrecht des B. R. zu sehr ein, indem sie ihm nur das Recht lassen, zu untersuchen, ob sich die kantonale Behörde eine ungleiche Behandlung oder einen Willkürakt habe zu Schulden kommen lassen. Richtig: B. R. B. v. 29. Juli 1890, bestätigt durch die B. Vers. a. 18. Dez. 1890, i. S. Muff (B. Bl. 1890, III, 1141; 1891, II, 591. *Salis,* II, Nr. 936): «Das Recht der Gewerbefreiheit darf nur aus tatsächlich unanfechtbaren Gründen beschränkt werden». Der B. R. hat denn auch häufig die Bedürfnisfrage selbständig untersucht: *Salis,* a. a. O., Nr. 928, 935, 936. Die Normalzahl von einer Wirtschaft auf 200 Einwohner ist nicht zu beanstanden: Nr. 932; dagegen darf und braucht nicht allein auf die Einwohnerzahl einer Ortschaft Rücksicht genommen zu werden: *ibid.* Nr. 928, 931.

b. Die B. V. verlangt, dass die Bedürfnisklausel auf dem *Wege der Gesetzgebung* eingeführt werde; sie bezweckt damit, den Grundsatz und seine Ausführung durch Einzelvorschriften die Kontrolle der gesetzgebenden Organe, namentlich auch des Volkes (in den Referendumskantonen) passieren zu lassen, und sodann auch den kantonalen Gesetzgeber zu veranlassen, feste Regeln über die Anwendung des Grundsatzes aufzustellen; der B. R. kam aber dazu, von den kantonalen Wirtschaftsgesetzen eine solche nähere Ausführung und Präzisierung des Grundsatzes nicht zu verlangen, sondern sich mit der dehnbaren Fassung, wie sie die B. V. selbst enthält, zu begnügen, unter Vorbehalt strengen Nachprüfungsrechtes des B. R. Bericht des eidg. Justizdepartementes vom 13. Sept. 1889, genehmigt durch den B. R. (B. Bl. 1891, I, 145. *Salis,* II, Nr. 922; vgl. Nr. 925). Bis jetzt haben alle Kantone ausser Schaffhausen, Appenzell I.-Rh., Graubünden, Thurgau und Tessin von dem Rechte des Art. 31, lit. *c* Gebrauch gemacht; Baselland aber nur für die abgelegenen Wirtschaften (B. Bl. 1903, I, 563); Waliis nur für die von den Gemeinden erteilten (Pinten- und Speisewirtschaften).

c. Was *Kleinhandel* mit gebrannten Wassern ist, bestimmt das Bundesgesetz betr. gebrannte Wasser, vom 29. Juni 1899, Art. 17, Abs. 3; Kleinverkauf sonstiger geistiger Getränke ist nach Art. 32bis B. V. der Verkauf von Quantitäten unter zwei Liter.

Unter *Wirtschaftsgewerbe* i. S. der lit. *c* des Art. 31 ist der Kleinverkauf geistiger Getränke zum Konsum an Ort und Stelle zu verstehen; dieser Handel kann mit der Abgabe anderer Nahrungsmittel oder mit der Beherbergung verbunden sein oder nicht. Was die Kantone zur Anwendung der Bedürfnisklausel berechtigt, ist einzig der Verkauf geistiger Getränke, denn die Gewerbefreiheit ist durch die Revision von 1885 einzig zur Bekämpfung des Alkoholismus beschränkt worden. Es ergibt sich daraus, dass die Abgabe von alkoholfreien Getränken oder von Speisen ohne geistige Getränke und die blosse Beherbergung ohne Verwirtung geistiger Getränke (Hôtel garni u. dgl.) freie Gewerbe sind, die keinen anderen Beschränkungen unterworfen sind, als die durch Art. 31, lit. *e* gestatteten [1]) — und dass die Kantone nicht berechtigt sind, die Bewilligung zu solchen Wirtschaften oder Herbergen wegen mangelnden Bedürfnisses zu verweigern, weil das dazu berechtigende Patent zugleich das Recht umfasst, geistige Getränke auszuschenken; sie müssen auf Verlangen besondere Patente für jene, dem Bedürfnisgrundsatz nicht unterworfenen Gewerbe erteilen [2]).

B. Beschränkungen polizeilicher Natur.

Die Kantone, welche die Bedürfnisklausel besitzen, sowohl wie die anderen, können die Ausübung des Wirtschaftsgewerbes an polizeiliche Bedingungen knüpfen. Sie dürfen verlangen, dass der Bewerber die nötigen moralischen Eigenschaften zur klaglosen Führung einer Wirtschaft besitze, namentlich dass er einen guten Leumund geniesse und im Besitze seiner bürgerlichen Ehrenrechte sei; fraglich kann letzteres nur sein, wenn der Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte eine Folge der Zahlungsunfähigkeit war ohne Verschulden des Schuldners; dann darf m. E. das Patent so wenig verweigert werden wie wegen Mittellosigkeit des Bewerbers. Unrichtig daher B. R. B. v. 7. März 1884 i. S. Räber-Imbach (B. Bl. 1885, II, 692); 6. April 1900 (B. Bl. 1900, II, 468); 10. April 1900 i. S. Kauf (B. Bl. 1901, II, 28. *Salis,* a. a. O., Nr. 969, 973). Es dürfen an den Bewerber in bezug auf seinen Leumund strenge Anforderungen gestellt werden, aber doch nicht derart strenge, dass es nicht möglich wäre, einen alten Fehler durch jahrelanges gutes Betragen auszulöschen. B. R. B. v. 8. Jan. 1895 i. S. Kragl (B. Bl. 1895, I, 61): Bestrafung vor 13 Jahren, Wiedererlangung der Ehrenrechte vor 8 Jahren; 7. Juli 1900 i. S. Müller (B. Bl. 1900, III, 597): drei leichte Polizeistrafen in den Jahren 1868, 1879, 1881; 12. April 1901 i. S. Suter (B. Bl. 1902, I,

---

[1]) Der B. R. B. vom 21. Dez. 1901 i. S. Egger, B. Bl. 1902, I, 1, *Salis,* II, Nr. 941 hat entschieden, dass auch die Bewilligung alkoholfreier Wirtschaften von der Bedürfnisfrage abhängig gemacht werden darf, mit völlig verfehlter Begründung: es wird mit der sozialen Bedeutung der Wirtschaften als volkstümliche Vereinigungslokale und mit den Gefahren der Überkonkurrenz solcher Wirtschaften für die Konsumenten und die Institution selber argumentiert; die erste Erwägung ist polizeilicher Natur, die zweite widerspricht dem Wesen der Gewerbefreiheit. Die einzige erhebliche Erwägung, diejenige der ratio legis der lit. *c* von Art. 31 wird ausser acht gelassen. Es ist eigentümlich, dass die zur Bekämpfung des Alkoholismus aufgestellte Bestimmung nun zur Unterdrückung derjenigen Wirtschaften dienen soll, die den Alkohol durch unschädliche Getränke ersetzen wollen. Richtig: B. R. B. v. 26. Juli 1901 i. S. Hofmann, B. Bl. 1902, I, 816; *Salis,* a. a. O.

[2]) Die kantonalen Wirtschaften stehen mit dieser Forderung nicht durchaus im Einklang. Entscheide sind bisher darüber m. W. keine ergangen.

817. *Salis*, a. a. O., Nr. 966). B. R. B. v. 6. Juni 1898 i. S. Stocker (B. Bl. 1898, III, 776); 14. Juli 1898 i. S. Wahrenberger (B. Bl. 1899, I, 375. *Salis*, a. a. O., Nr. 967; vgl. Nr. 954, Ziffer 1, 968). Die gleichen Anforderungen dürfen an die Ehefrau des Bewerbers und die im gleichen Haushalt lebenden Familienglieder und anderen Personen gestellt werden. B. R. B. i. S. Räber-Imbach; 27. Januar 1891 i. S. Weber-Frey (B. Bl. 1891. I, 212. *Salis*, a. a. O., Nr. 969). B. R. B. v. 25. Sept. 1885 i. S. Fuchs, bestätigt durch die B. Vers. a. 22. Dez. 1885 (B. Bl. 1885, IV, 633. *Salis*, a. a. O., Nr. 970). B. R. B. v. 7. Dez. 1885 i. S. Schuler (B. Bl. 1886, II, 552. *Salis*, a. a. O., Nr. 971). B. R. B. v. 1. April, bestätigt durch B. Vers. a. 21. Juni 1892, i S. Marfort (B. Bl. 1892, II, 926; 1893, II, 55. *Salis*, a. a. O., Nr. 972). Vgl. B. R. B. v. 11. Aug. 1898 i. S. Dressler (B. Bl. 1899, I, 374. *Salis*, Nr. 974), wo der Verzicht der Ehegatten auf das Zusammenleben unerheblich erklärt wurde. B. R. B. v. 3. Aug. 1877 (B. Bl. 1878, II, 77. *Salis*, a. a. O., Nr. 975). B. R. B. v. 14. April 1899 i. S. Weber-Fries (B. Bl. 1899, II, 608. *Salis*, a. a. O., Nr. 977). B. R. B. v. 13. Okt. 1893 i. S. Mathis, 5. Januar 1894 i. S. Jungwirt (B. Bl. 1894, I, 79. *Salis*, a. a. O., Nr. 976).

Es ist entschieden worden, dass die grosse Schwächung des Augenlichtes ein genügender Abweisungsgrund sei. B. R. B. v. 9. Mai 1899 i. S. Schlumpf (B. Bl. 1899, III, 80. *Salis*, a. a. O., Nr. 960), nicht dagegen andere körperliche Gebrechen (B. Bl. 1880, II, 611; 1883, II, 866). B. R. B. v. 31. Januar 1893 i. S. Trettel (B. Bl. 1893, I, 264: Armbruch. *Salis*, a. a. O., Nr. 959); dass ledigen Frauenzimmern die Bewilligung verweigert werden kann, nicht aber allen alleinstehenden Frauenspersonen (Witwen) (B. Bl. 1879, II, 447; 1888, II, 783. *Salis*, a. a. O., Nr. 962).

Es ist klar, dass ein Wirtschaftspatent nicht nur verweigert, sondern auch *entzogen* werden kann, wenn der Inhaber den gesetzlichen Bedingungen nicht mehr genügt.

Wie von der Person des Bewerbers, so darf auch vom *Haus*, in dem die Wirtschaft betrieben werden soll, verlangt werden, dass es nicht mit einem sittlichen Makel behaftet sei; und hier wie dort löscht ein längerer Zeitraum den Makel wieder aus. *Salis*, a. a. O., Nr. 955, 976. B. R. B. v. 2. August 1898 i. S. B. (B. Bl. 1899, I, 370, Begründung anfechtbar); 31. Januar 1893 i. S. Trettel (B. Bl. 1893, I, 264. *Salis*, a. a. O., Nr. 979, 980). Namentlich sind besondere baupolizeiliche Vorschriften aus Rücksichten der öffentlichen Gesundheit, Sittlichkeit, der Übersichtlichkeit und Zugänglichkeit der Lokale zulässig. *Salis*, a. a. O., Nr. 954, Ziffer 2 und 4. Ist es unzulässig, die Bewilligung zu verweigern wegen der zu grossen Entfernung des Hauses vom Mittelpunkt der Ortschaft, so ist es dagegen zulässig, sie zu verweigern, weil die Umgebung des Hauses und dessen Zugänge die polizeiliche Überwachung überhaupt erschweren. Vgl. oben, S. 297. Endlich darf der Betrieb der Wirtschaft im Interesse der öffentlichen Ruhe und Ordnung, der allgemeinen und der Rechtssicherheit (Hehlerei), und aus anderen polizeilichen Gründen durch sachlich begründete Vorschriften geregelt werden. Z. B. Polizeistunde, Schliessung zu gewissen Stunden an Sonn- und Feiertagen, Verbot, an Kinder, Betrunkene, Bestrafte Getränke zu verkaufen, Spiel und Unsittlichkeit zu dulden, Beschränkung der Tanzbelustigungen, u. a. m.; vgl. *Salis*, a. a. O., Nr. 964, 983, 984, 985, und es kann an die Übertretung dieser Vorschriften die Sanktion des Patententzuges geknüpft werden; *Salis*, a. a. O., Nr. 963.

Was die *Besteuerung* des Wirtschaftsgewerbes und des Kleinhandels mit geistigen Getränken betrifft, so ist es altes Herkommen, dass das Gewerbe patentpflichtig und patentsteuerpflichtig ist; es gilt für diese Patentsteuer das über die besonderen Gewerbesteuern Gesagte. Art. 17, Abs. 2, des Bundesgesetzes betr. gebrannte Wasser vom 29 Juni 1900 (A. S. XVIII, 297) bestimmt: «Der Grosshandel wird als freies Gewerbe erklärt. Der Kleinhandel kann nur mit Bewilligung der kantonalen Behörden und unter Entrichtug einer der Grösse und dem Wert des Umsatzes entsprechenden kantonalen Verkaufssteuer ausgeübt werden.»

Anderseits ist auf Art. 32bis, Abs. 2 zu verweisen, wovon unten!

Art. 32.

Die Kantone sind befugt, die im Art. 32, lit. a erwähnten Eingangsgebühren von Wein und anderen geistigen Getränken unter folgenden Beschränkungen zu erheben:

a) Bei dem Bezug derselben soll der Transit in keiner Weise belästigt und der Verkehr überhaupt so wenig als möglich gehemmt und mit keinen anderen Gebühren belegt werden.

b) Werden die für den Verbrauch eingeführten Gegenstände wieder aus dem Kanton ausgeführt, so sind die bezahlten Eingangsgebühren ohne weitere Belästigung zurückzuerstatten.

c) Die Erzeugnisse schweizerischen Ursprungs sind mit niedrigeren Gebühren zu belegen als diejenigen des Auslandes.

d) Eingangsgebühren von Wein und anderen Getränken schweizerischen Ursprungs dürfen da, wo solche schon bestehen, nicht erhöht, und in Kantonen, welche noch keine beziehen, nicht eingeführt werden.

e) Die Gesetze und Verordnungen der Kantone über den Bezug der Eingangsgebühren sind der Bundesbehörde vor Vollziehung derselben zur Gutheissung vorzulegen, damit die Nichtbeachtung vorstehender Grundsätze verhindert werden kann.

Mit Ablauf des Jahres 1890 sollen alle Eingangsgebühren, welche dermalen von den Kantonen erhoben werden, sowie ähnliche, von einzelnen Gemeinden bezogene Gebühren, ohne Entschädigung dahinfallen.

Über die *Geschichte* dieses Artikels ist bei Art. 28, I, schon einiges berichtet worden. Die Kommissionen beider Räte und der N. R. hatten 1871—72 zuerst, nach langer Diskussion, den Art. 32 unverändert gelassen; der St. R. wollte dagegen nach 15 Jahren alle von den Kantonen erhobenen Eingangsgebühren, sowie die von den Gemeinden bezogenen ähnlichen Gebühren dahinfallen lassen. Die Kommission des N. R. schlug darauf vor, diese Frist um 5 Jahre zu verlängern, und eine Minderheit wollte die Octroigebühren bestehen lassen, da dies blosse Verbrauchssteuern seien; dies wurde indessen abgelehnt und die Gemeindeoctrois den kantonalen Gebühren gleichgestellt[1]. Der St. R. schloss sich mit unwesentlicher Änderung diesem Beschlusse an[2]. 1873—1874 diskutierte man lediglich noch über die Länge der Frist[3]. — Bei Art. 28 ist auch bemerkt worden, dass die kantonalen Ohmgelder, gemäss Art. 6 der Ü. B., durch den B. R. B. vom 15. Juli 1887 (A. S. X, 115) seit dem 1. Septempter 1887 aufgehoben worden sind und mit ihnen auch die städtischen Octrois von Genf und Carouge; der Tessiner Eingangszoll endlich, der seit 1874 keine verfassungsrechtliche Grundlage mehr hatte, fiel in Anwendung des letzten Absatzes des Art. 32 mit dem Jahre 1890 dahin (B. Bl. 1891, II, 95).

Die ganze Bestimmung hat somit heute nur noch historische Bedeutung.

Art. 32bis.

Der Bund ist befugt, im Wege der Gesetzgebung Vorschriften über die Fabrikation und den Verkauf gebrannter Wasser zu erlassen. Bei dieser Gesetzgebung sollen diejenigen Erzeugnisse, welche entweder ausgeführt werden oder eine den Genuss ausschliessende Zubereitung erfahren haben, keiner Besteuerung unterworfen werden. Das Brennen von Wein, Obst und deren Abfällen, von Enzianwurzeln, Wachholderbeeren und ähnlichen Stoffen fällt betref-

---

[1] Prot. des N. R. 1871/72, S. 123, 129 (wo alle in den Kantonen erhobenen inneren Verbrauchssteuern aufgezählt sind), 137 ff., 532—542, 578, 589.

[2] Prot. des St. R. vom 23., 24. Januar, 27./29. Februar, 1. März 1872. Der St. R. ersetzt „Konsumogebühren" durch „Eingangsgebühren". Ein Antrag, die „ähnlichen von Gemeinden bezogenen Gebühren" erst nach 30 Jahren hinfällig zu erklären, wurde abgelehnt.

[3] Prot. der eidg. R. 1873—74, S. 59, 325, 238.

fend die Fabrikation und Besteuerung nicht unter die Bundesgesetzgebung.

Nach dem Wegfall der in Art. 32 der Bundesverfassung erwähnten Eingangsgebühren auf geistigen Getränken kann der Handel mit solchen, welche nicht gebrannt sind, von den Kantonen keinen besonderen Steuern unterworfen werden, noch anderen Beschränkungen als denjenigen, welche zum Schutze vor gefälschten oder gesundheitsschädlichen Getränken notwendig sind. Jedoch bleiben hierbei in betreff des Betriebs von Wirtschaften und des Kleinverkaufs von Quantitäten unter zwei Liter die den Kantonen nach Art. 31 zustehenden Kompetenzen vorbehalten.

Die aus der Besteuerung des Verkaufs gebrannter Wasser erzielten Reineinnahmen verbleiben den Kantonen, in welchen sie zum Bezug gelangen.

Die Reineinnahmen des Bundes aus der inländischen Fabrikation und aus dem entsprechenden Zollzuschlag auf eingeführte gebrannte Wasser werden unter die sämtlichen Kantone nach Verhältnis der durch die jeweilige letzte eidgenössische Volkszählung ermittelten faktischen Bevölkerung verteilt. Von den daherigen Einnahmen haben die Kantone wenigstens 10 % zur Bekämpfung des Alkoholismus in seinen Ursachen und Wirkungen zu verwenden.

I. Geschichte [1].

Den 23. Dez. 1881, bei der Diskussion des Budgets von 1882, stellten die eidgen. Räte folgende Postulate auf: «Der B. R. wird eingeladen, zu prüfen, ob nicht auf dem Wege der Verständigung mit den Kantonsregierungen Massregeln zu ergreifen sind, um dem sich steigernden, übermässigen Genuss von Alkohol zu steuern, und darüber Bericht und Anträge vorzulegen.» *Salis*, III, Nr. 1401.

Eine von der schweizerischen gemeinnützigen Gesellschaft ernannte Kommission schlug in einer Petition vom Mai 1882, unterstützt durch mehrere andere, vor, durch authentische Interpretation des Art. 31 B.V. die Verminderung der Wirtschaften auf eine Normalzahl zu gestatten,

[1] *Salis*, III. Nr. 1401.

da die Vermehrung der Wirtschaften eine der Hauptursachen des übermässigen Alkoholgenusses sei. Am 30. Juni 1882 nahmen die eidg. Räte, entsprechend dieser Anregung, die beiden folgenden Postulate an: «Der B. R. wird eingeladen, Bericht zu erstatten über die Möglichkeit, dem allzu stark um sich greifenden Wirtschaftswesen Schranken zu setzen, unter Beifügung einer Übersicht über den Stand des Wirtschaftswesens in den Kantonen und, soweit tunlich, in andern Staaten.» Der B. R. kam diesen Aufträgen durch Botschaft vom 20. Nov. 1884 nach (B. Bl. 1884, IV, 369). Er konstatierte, dass der Alkoholkonsum und namentlich der Konsum gebrannter Wasser in der Tat in einem die Gesundheit und den Wohlstand des Volkes bedrohenden Masse zugenommen habe; den durchschnittlichen Jahreskonsum eines Einwohners schätzte er auf $9_{,40}$ l. gebrannte Wasser, 55 l. Wein und $37_{,50}$ l. Bier[1]). Dieses Übel wollte er nicht durch eine Beschränkung der Zahl der Schankstellen bekämpfen, sondern durch Besteuerung der alkoholhaltigen, schädlichen Getränke und durch Begünstigung der gesunden, leichten, geistigen Getränke, wie Wein und Bier. Er sprach sich gegen die Motion *Wirz* vom Juli 1883 aus, die dahin ging, das Wirtschaftsgewerbe und den Kleinverkauf geistiger Getränke vom Grundsatze der Gewerbefreiheit ganz auszunehmen, weil er in der Zunahme der Wirtschaften vielmehr eine Wirkung als eine Ursache des vermehrten Alkoholkonsums erblickte und das im Jahre 1874 bewusstermassen aufgestellte Prinzip nicht zu gunsten desjenigen der Normalzahl von Wirtschaften aufgeben wollte, das nach den im Kanton Bern seit 1852 gemachten Erfahrungen in der Anwendung Willkür und Ungleichheit zeitige und den gewünschten Erfolg nicht habe. Dagegen schlug er vor, die vom Ausland eingeführten gebrannten Wasser mit einem erhöhten Zoll zu belegen und die in der Schweiz hergestellten, mit Ausnahme der exportierten und der schon genügend teuern, aus Obst und andern Stoffen gebrannten Wasser mit einer jenem Zoll gleichkommenden eidgenössischen Steuer von mindestens 50 Cts. per l. reinen Alkohols zu belegen, wozu noch eine Verkaufsabgabe von 20 Cts. kommen sollte. Die anderen geistigen Getränke dagegen sollten nach Wegfall der Ohmgelder im Jahre 1890 keiner neuen besonderen Steuer unterworfen werden dürfen; die Kantone sollten dafür entschädigt werden durch die Erhebung der Verkaufsabgabe und die Verteilung des Reingewinns der eidgenössischen Fabrikationssteuer und des Eingangszolles. Dagegen wollte der B. R. den bisherigen Ohmgeldkantonen nicht auch darin entgegenkommen, dass ihre bisher durch die kantonalen Ohmgelder geschützten Brennereien auch weiterhin durch einen über die Fabrikationssteuer stark hinausgehenden Zoll geschützt würden.

Nach welchem System die einheimische Produktion geregelt und bestimmt werden sollte, freie Konkurrenz, beschränkte Zahl von Konzessionen oder Monopol, war dem Gesetze zu bestimmen vorbehalten. Der B. R. beantragte, einen Art. 32bis folgenden Inhalts in die B. V. aufzunehmen: «Der Bund ist befugt, im Wege der Gesetzgebung Vorschriften

---

[1]) In der Botschaft vom 8. Oktober 1886 zum Ausführungsgesetz, B. Bl. 1886, III, 421, schätzt der B. R. den Konsum auf $10^1/_2$ l. per Kopf und per Jahr; in seinem Geschäftsbericht über die Alkoholverwaltung des Jahres 1890, B. Bl. 1891, III, 429, für das Jahr 1885 auf $10_{,26}$ l. Für das Jahr 1902 wird der Trinkverbrauch an monopolisierten gebrannten Wassern auf $3_{,07}$ l. per Kopf geschätzt. Geschäftsbericht pro 1902, B. Bl. 1903, II, 658.

über das Brennen von mehlhaltigen und von Hackfrüchten, sowie über den Verkauf gebrannter Wasser überhaupt zu erlassen. Bei dieser Gesetzgebung sollen diejenigen Erzeugnisse, welche nicht zum inländischen Verzehr bestimmt sind, sondern entweder ausgeführt werden oder eine Genussszwecke ausschliessende Zubereitung erfahren haben, keiner Besteuerung unterworfen werden.»

Abs. 2 = Art. 6, Abs. 1, der Ü.B.

Abs. 3, 4 und 5 sind inhaltlich gleich den heutigen Abs. 2, 3 und 4, mit Ausnahme des letzten Satzes des Abs. 4, der beim B. R. fehlt.

Abs. 6 inhaltlich = Art. 6, Abs. 2, Ü.B.

Die N. R. K. (B. Bl. 1885, I, 453) erklärte sich mit den Grundlinien dieses Systems einverstanden; sie umschrieb aber das Gebiet der Bundesgesetzgebung durch ausdrückliche Aufzählung der nicht darunter fallenden Destillierstoffe nach heutiger Fassung. Die Kommission, wie auch später der N. R.[1]), verwarf den Vorschlag, von den Einnahmen des Zollzuschlages einen Zehntel *dem Bunde* zuzuscheiden zum Zwecke der Bekämpfung des Alkoholmissbrauchs und der Trunksucht. Betr. die finanzielle Frage blieb sie auch beim Antrag des B. R., entgegen den Anträgen, den Ohmgeldkantonen ihre alten Einnahmen bis 1900 zu sichern, die Einnahmen aus der Verkaufssteuer und nicht bloss die Reineinnahmen den Kantonen zu belassen, und endlich als Verteilungsmassstab die Bevölkerung unter billiger Berücksichtigung aller andern Umstände (z. B. der Ausdehnung des Gebietes und der Unterhaltungskosten der Strassen).

Dagegen wurde mit 1 Stimme Mehrheit beschlossen, auch Art. 31 zu revidieren durch Einschaltung der neuen lit. *b* und *c* inhaltlich übereinstimmend mit den heutigen.

Die Minderheit wollte mit dem B. R. beim Grundsatz des Art. 31 bleiben, eingeschränkt durch die Spezialbestimmung des Art. 32bis: einmal aus den gleichen Gründen, wie der B. R., sodann weil sie befürchtete, die lokalen Behörden würden endgültig über die Bedürfnisfrage zu entscheiden haben, ohne Überprüfungsrecht der Bundesbehörden; in ihren Augen genügten strenge Vorschriften über gute Führung der Wirtschaften. Die Majorität hielt es für unzweifelhaft, dass man auf Grund der neuen Bestimmung gegen eine kantonale Verfügung, die über das öffentliche Wohl hinausgehende Einschränkungen aufstellen möchte, an die Bundesbehörden werde rekurrieren können.

Der N. R. nahm die Anträge seiner Kommission unverändert, mit Ausnahme des Wortes «jeweilige» in Abs. 4, an. Er verwarf u. a. den Antrag, in Abs. 3 nur die Erhebung kantonaler Patentsteuern vorzusehen, durch Abänderung des letzten Absatzes von Art. 32 sowie den Antrag, den Kantonen zu gestatten, ihre Gemeinden auf dem Gesetzgebungswege zu ermächtigen, mit Genehmigung der B. Vers. Eingangsgebühren auf Gegenständen, die nicht zum notwendigen Lebensbedarf gehören, zu erheben. Dagegen wurde beschlossen, nicht den Bund, aber die Kantone zu verpflichten, 5 bis 10% der unter sie zu verteilenden Reineinnahmen des Bundes (Abs. 4) zur Bekämpfung des Alko-

---

[1]) Im N. R. wurde von B. R. *Deucher* eingewendet, die Kantone seien besser in der Lage, zu beurteilen, wie die Beträge am besten zu verwenden seien.

holismus zu verwenden und alljährlich dem Bunde darüber Bericht zu erstatten[1]).

Vom St. R. wurde Art. 32[bis] in heutiger Fassung angenommen[2]), mit Ausnahme der Worte «die Fabrikation und» im letzten Satz des 1. Abs., die vom N. R. eingefügt wurden[3]).

Die St. R. K. (B. Bl. 1885, III, 346) wollte dem Bund auch das Recht geben, über die Fabrikation der aus Wein, Obst etc. destillierten Wasser gesetzliche Bestimmungen zu erlassen, dagegen nicht, sie zu besteuern; sie redigierte daher den letzten Satz von Abs. 1 wie folgt: «Das Brennen von Wein, Obst und deren Abfällen, von Enzianwurzeln, Wachholderbeeren und ähnlichen Stoffen fällt *betreffend die Besteuerung* nicht unter die Bundesgesetzgebung.»

Ein förmlicher Vorbehalt zu gunsten der kantonalen Wirtschaftspatenttaxen wurde als überflüssig erklärt, da sie schon in Art. 31 anerkannt und bisher nie angefochten worden seien. Der Antrag, in Abs. 4 statt *Rein*einnahmen Einnahmen zu setzen, wurde abgelehnt, weil sich der Bund auch das Verkaufsmonopol vorbehalten wolle und das Gesetz darüber entscheiden werde, ob der Bund oder die Kantone die Steuer erheben sollen; ebenso der Antrag, den letzten Satz des Artikels zu streichen; dagegen wurde statt 5—10% die feste Quote von 10% aufgestellt. Als Verwendung dieser Summe wurde u. a. vorgeschlagen: die Armenerziehung, die «volkssittliche Gesundung» u. Ä., und schliesslich die jetzige Fassung angenommen.

Bei Abs. 6 versuchte ein Antragsteller, den Ohmgeldkantonen dauernd die Entschädigung für die weggefallenen Ohmgelder zu retten; die Kommission bestand aber auf der Frist des Jahres 1890.

Abs. 5 erhielt die heutige Fassung, und die Abs. 2 und 6 wurden in die Ü. B. versetzt. Die Kommission stimmte der Revision des Art. 31 mit Mehrheit zu, strich aber die b. r. Genehmigung der kantonalen Gesetze in lit. *c*; im übrigen war sie einstimmig der Ansicht, dass ein Rekurs wegen Verletzung der so revidierten Bestimmung auch jetzt noch zulässig sei. Die Räte einigten sich schliesslich auch noch dahin, den Ohmgeldkantonen die letzte, in Abs. 3 des Art. 6 Ü. B. stipulierte Konzession zu machen.

Der B. B. vom 26. Juni 1885 wurde in der Volksabstimmung vom 25. Okt. 1885 mit 230,250 gegen 157,463 Stimmen und 13½ gegen 6½ Standesstimmen angenommen (B. Bl. 1885, IV, 367; A. S. VIII, 349).

Durch die Motion *Steiger*, vom N. R. den 4. Juni 1895 erheblich erklärt, wurde die Revision des Art. 32[bis] i. S. der Erhöhung der Grenze zwischen freiem Gewerbe und nicht freiem von 2 auf 10 l. angeregt (St. B. V, 1895, S. 1 ff.). Der B. R. erkundigte sich bei den Kantonen über die Steigerung des Konsums von nicht gebrannten geistigen Getränken und die Wirkungen der sogen. «Zweiliterwirtschaften» und sprach sich, in Übereinstimmung mit einer Mehrheit von Kantonsregierungen, in seiner Botschaft vom 15. März 1901 (B. Bl. 1901, II, 205) für die Revision des Art. 32[bis] im Sinne der Motion Steiger aus.

---

[1]) Prot. des N. R. 10., 11., 12., 13., 14., 16. März und 24. Juni 1885.
[2]) Prot. des St. R. 10., 11., 12., 19. und 26. Juni 1885.
[3]) Prot. des N. R. vom 24. Juni 1885.

Der N. R. erhob in seiner Sitzung vom 19. März 1903 diesen Antrag zum Beschluss, und der St. R. stimmte ihm am 13. Juni zu[1]. Die neue Verfassungsbestimmung wurde aber in der Abstimmung vom 25. Okt. 1903 mit 228,094 gegen 156,777 Stimmen und 18 gegen 4 Standesstimmen verworfen (B. Bl. 1903, V, 76).

II. Auslegung.

1. Gebrannte Wasser.

a. Das **Gesetzgebungsrecht** des Bundes bezieht sich nach Abs. 1 auf die Fabrikation und den Verkauf der **gebrannten Wasser,** mit Ausnahme derjenigen, die aus Wein, Obst und deren Abfällen, Enzianwurzeln, Wachholderbeeren und ähnlichen Stoffen gebrannt werden. Bis zum Jahre 1888 wurden auch die vom Ausland eingeführten Brennstoffe letzterer Arten von der Monopolgebühr ausgenommen, in der Annahme, ihr Preis werde dennoch ebenso hoch sein wie derjenige von Monopolspirituosen; nachdem sich aber gezeigt, dass dies nicht der Fall, liess der B. R. die Vergünstigung fallen, und beantragte der B. Vers., die B. V. dahin zu interpretieren, dass sich die erwähnte Ausnahme nur auf Stoffe inländischer Herkunft beziehe; die B. Vers. fasste diesen Beschluss den 20. Dez. 1887 (A. S. X, 420)[2]. Abgesehen von der Form, in der diese Feststellung erfolgte (s. Art. 89), ist dagegen nichts einzuwenden.

Durch Beschluss vom 20. Nov. 1894, jetzt aufgenommen in die allgemeine V. V. zum Bundesgesetz, vom 24. Dez. 1900 (A. S. XVIII, 310), hat der B. R. im einzelnen aufgeführt, welches diese nicht monopolpflichtigen Stoffe sind, nämlich alle Erzeugnisse der Brennerei, welche nicht aus folgenden einheimischen Rohstoffen hergestellt sind: Trauben, Trauben- oder Obstwein, Trauben- oder Obsttrestern (Trebern), Wein- oder Mosthefe (Drusen), Kern-, Stein- oder Beerenobst und Enzianwurzeln. — Monopolfrei sind einzig die ausschliesslich aus diesen einheimischen Rohstoffen gewonnenen Erzeugnisse. Im Zweifelsfalle entscheidet der B. R.[3].

Die Verfassung erteilt dem Bund das Recht, im Wege der Gesetzgebung Vorschriften über die *Fabrikation* und *den Verkauf* gebrannter Wasser zu erlassen. Die eidgenössischen Räte hatten ursprünglich bloss Vorschriften über die Besteuerung der Fabrikation, der Einfuhr und des Verkaufes der gebrannten Wasser im Auge, wie sich aus der Entstehungsgeschichte und aus den Abs. 3 und 4 des Art. 32 bis selber ergibt. Der Vorbehalt im Art. 31, lit. *b*, wurde aber eben deshalb gemacht, um dem Bund die Monopolisierung der Fabrikation und des Verkaufes der gebrannten Wasser zu gestatten, was nach Ansicht der gesetzgebenden Räte ohne Revision des Art. 31 nicht möglich gewesen wäre. Diese Eventualität hatte man übrigens schon in den Verhandlungen über die Re-

[1] St. B. XIII (1903), 61—86; 523—549.

[2] Botschaft des B. R. vom 5. Dez. 1887, B. Bl. 1887, IV, 697. Bericht der Minderheit der St. R. K. 19. Dez. 1887, B. Bl. 1887, IV, 934.

[3] Das B. Ges. vom 29. Juni 1900 unterwirft der Monopolgebühr die vom Ausland eingeführten Brennstoffe nach ihrem mutmasslichen Alkoholerträgnis und die mehr als 12 Grade Alkohol enthaltenden Weine, während die Gebühr der weniger als 25 Grad enthaltenden bis auf ein 1/4 ermässigt werden kann (Ar. 7, 8, 9).

vision des Jahres 1885, wenn auch nicht in erster Linie, in Aussicht genommen. — «Besteuerung» im 3. Abs. ist nicht im juristisch-technischen Sinne der Auferlegung einer öffentlichen Abgabe, sondern bloss einer fiskalischen Belastung des Verkaufes zu verstehen, ähnlich wie es in der vom B. R. angenommenen Fassung des heutigen 4. Abs. hiess: «Die Reineinnahmen des Bundes *aus der Belastung* des einheimischen Produkts .....» Das heutige System, bei welchem der Bund selber verkauft und durch Erhöhung des Kaufspreises den Konsum belastet, ist daher keineswegs mit der Verfassung in Widerspruch; es ist allerdings nicht dasjenige System, im Hinblick auf welches der Art. 32bis redigiert wurde. In seinem Gesetzesentwurf vom 8. Okt. 1886 (B. Bl. 1886, IV, 421, 485) führte der B. R. das der Redaktion der Verfassung entsprechende System aus. Die inländische Fabrikation sollte den in unbegrenzter Zahl zu bewilligenden Privatbrennereien bestimmter Leistungsfähigkeit überlassen, aber vom Bund mit einer vom produzierten Alkohol zu berechnenden und mit der Quantität steigenden Abgabe von Fr. 61 bis 85 per hl. reinen Alkohols besteuert werden; der eingeführte Alkohol hatte ausser der inländischen Maximalgebühr von Fr. 85 einen Zoll von Fr. 25 bis 40 zu entrichten, der die Differenz zwischen den in- und ausländischen Produktionskosten ausgleichen sollte. Den Kleinverkauf im Wirtshaus oder über die Gasse sollten die Kantone vorderhand nach kantonalem Gesetz mit einer verhältnismässigen Steuer belegen. Dieses Besteuerungssystem wurde von der N. R. K. in ein Monopolsystem, im wesentlichen wie es heute ist, umgestaltet. Es besteht nach dem B. Ges. vom 23. Dez. 1886 (A. S. X, 60), nun vom 29. Juni 1900 (A. S. XVIII, 297) darin, dass der Bund grundsätzlich das Monopol der Herstellung gebrannter Wasser besitzt, und dass er daher grundsätzlich der Lieferant alles in der Schweiz konsumierten gebrannten Wassers ist. In Wirklichkeit fabriziert er aber selber keinen Alkohol; den grösseren Teil seines Bedarfes deckt er durch billigen ausländischen Alkohol, den kleineren, ungefähr ¼ und höchstens 30,000 hl., lässt er durch inländische Brennereien fabrizieren, denen er Brennlose vergibt[1]). Er reinigt den trinkbaren Alkohol und denaturiert den zu industriellen und anderen als Trinkzwecken bestimmten; er verkauft ihn in Quantitäten von wenigstens 150 l., den denaturierten ungefähr zum Selbstkostenpreis, Zoll mitgerechnet, den trinkbaren zu einem zwischen Fr. 120 und 150 per hl. zu bestimmenden Preise.

Die gesetzliche Vorschrift, dass ungefähr ein Viertel des Konsums der inländischen Produktion vorbehalten sein soll, trägt einem Gedanken Rechnung, der zwar in der B. V. nicht ausgedrückt ist, aber in dem von ihr angedeuteten System enthalten war, dass nämlich die inländische, der Landwirtschaft nützliche Fabrikation trotz der fremden Konkurrenz nicht ganz aufhören werde.

Da im Kaufpreis des zur Fabrikation von exportierten Waren verwendeten trinkbaren Alkohols die darauf liegende Monopolgebühr bereits enthalten ist, wird die Vorschrift der Verfassung, welche die Besteuerung dieser Erzeugnisse verbietet, in der Weise ausgeführt, dass die Fabrikanten einen dem Monopolgewinn entsprechenden Betrag zurück-

---

[1]) Da der aus Deutschland bezogene Sprit durchschnittlich Fr. 28 per q., der im Inland bezogene dagegen durchschnittlich Fr. 80 kostet, leistet der Bund in dieser Form, bei einem Totalankauf von über 100,000 q., eine nicht unerhebliche Subvention an die Landwirtschaft.

vergütet erhalten; der Rückvergütungssatz wird nach Massgabe des Unterschiedes zwischen dem durchschnittlichen Verkaufspreis (des Rechnungsjahres) und den entsprechenden Einstandskosten der vom Bund eingeführten gebrannten Wasser (loco Lagerhaus) bestimmt (Art. 15 des Bundesgesetzes).

b. Verteilung der Einnahmen.

Alle Reineinnahmen sollen den Kantonen zu gute kommen; aber die Reineinnahmen aus der Besteuerung des Verkaufes sollen denjenigen Kantonen verbleiben, in denen sie zum Bezug gelangen, während die Reineinnahmen aus der inländischen Fabrikation und dem Zollzuschlag auf eingeführten Alkohol nach Verhältnis ihrer faktischen Bevölkerung unter die Kantone verteilt werden sollen. Die Terminologie der Verfassung passt auch hier nicht mehr auf das System des Gesetzes; die Verfassung sah zwei durch die Bundesgesetzgebung einzuführende Steuern vor: eine Verkaufs- und eine Fabrikationssteuer; nun fabriziert und verkauft aber der Bund selber; an Stelle der Besteuerung der Privatfabrikation ist die Erhöhung des Preises des vom Bunde verkauften Alkohols getreten; der Reinertrag dieses Verkaufes wird daher an die Kantone nach dem Massstab der Bevölkerung verteilt. Was den weiteren Verkauf betrifft (worunter wohl vornehmlich der Kleinverkauf verstanden werden muss), so hat der Bund von seiner Befugnis, ihn zu besteuern, noch nicht Gebrauch gemacht, sondern in Art. 17 des Ausführungsgesetzes lediglich die Kantone ermächtigt und verpflichtet, den Kleinverkauf nur mit Bewilligung der kantonalen Behörden und unter Entrichtung einer der Grösse und dem Werte des Umsatzes entsprechenden kantonalen Verkaufssteuer zu gestatten; der Grosshandel, d. h. die Lieferung von 40 oder mehr Liter in einer und derselben Sendung, wobei indessen jede einzelne Sorte nicht weniger als 20 l. ausmachen darf, ist freies, d. h. nicht mit besondern Steuern zu belastendes Gewerbe.

Die Verfassungsvorschrift über die Verteilung der Einnahmen unter die Kantone ist ausserdem insofern unvollständig, als sie das Verhältnis nicht angibt, das zwischen der Höhe der Verkaufssteuer und derjenigen der Fabrikationssteuer nebst Zollzuschlag bestehen soll; da indessen die Besteuerung des Verkaufs in den Händen der Kantone ist, hat sich bis jetzt daraus kein Anstand ergeben.

Jeder Kanton hat wenigstens 10 % seines Anteils an den Reineinnahmen aus dem Bundesmonopol zur Bekämpfung des Alkoholismus in seinen Ursachen und Wirkungen zu verwenden, und, nach Art. 23 des Gesetzes, darüber jährlich dem B. R. Bericht zu erstatten, der die Berichte mit seinen Anträgen der B. Vers. unterbreitet[1]). Ist die Bundesbehörde kompetent, im einzelnen Falle zu entscheiden, ob der Zehntel verfassungsmässig verwendet worden ist, so kann sie ihre Entscheidungsnormen auch in Form einer allgemein gültigen Regel über die Ver-

[1]) Die St. R. K. hat s. Z. die Bestimmung betr. die jährliche Berichterstattung der Kantone gestrichen, weil solche periodische Berichte nicht viel nützen; es ist aber wohl anzunehmen, dass damit nur die zwingende Vorschrift, nicht die Befugnis des Bundes, über die Verwendung der Summen Rechenschaft zu verlangen, wie sie schon aus Art. 85, Ziffer 8, B. V., hervorgeht, aufgehoben werden wollte. B. Bl. 1885, III, 354, 371. Näheres über die Berichterstattungspflicht bestimmt Art. 78 der allg. V. V. vom 24. Dez. 1900.

wendung jener Summen aufstellen; wenn nur die Normen der Verschiedenartigkeit der kantonalen Verhältnisse genügend Rechnung tragen[1]).

Die B. V. schreibt den Kantonen nur vor, dass sie einen Zehntel ihres Anteils zur Bekämpfung des Alkoholismus in seinen Ursachen und Wirkungen verwenden sollen; in welcher Weise, bleibt den Kantonen zu bestimmen überlassen[2]). Es darf m. E. auch nicht gefordert werden, wie es vielfach geschieht[3]), dass der Alkoholzehntel für Zwecke verwendet werde, für die der Kanton nicht ohnehin aufkommen muss. Denn wenn er dafür aufkommen muss, so ist es kraft kantonalen Rechts; von Bundes wegen besteht keine andere Pflicht, als die in Art. 32bis selbst aufgestellte; und wenn ein Kanton die Bekämpfung des Alkoholismus, abgesehen vom Bundesrecht und Alkoholzehntel, und schon vor diesem, als eine staatliche Aufgabe erkannt und mit Geldopfern zu erfüllen gesucht hat, so ist das doch gewiss kein Grund, ihn zu zwingen, für den Alkoholzehntel eine neue Verwendung zu suchen. Die B. V. verlangt nur, dass der Alkoholzehntel tatsächlich zum bezeichneten Zweck verwendet werde; richtig ist aber, dass die Verwendung *speziell* der Bekämpfung des Alkoholismus dienen muss, nicht nur nebenbei, derart, dass damit ebensosehr oder in noch höherem Masse andere Zwecke gefördert werden, wie z. B. die Armenunterstützung, Krankenpflege im allgemeinen, Irrenanstalten[4]), Korrektions- und Zwangsarbeitsanstalten[5]) allgemeine Erziehungsanstalten, wie der Bau von Lehrerseminarien, Berufsbildungsschulen, Erziehung schwachsinniger oder körperlich kränklicher Kinder, Taubstummen- und Blindenanstalten, Sanatorien für Lungenkranke[6]).

Das eidg. Departement des Innern hat i. J. 1902 eine Expertenkommission einberufen zur Begutachtung der Frage, für welche Zwecke der Alkoholzehntel verfassungsrechtlich verwendet werden dürfe. Sie bezeichnete als solche Zwecke *in erster Linie:* 1. Erziehung, Schutz und Besserung der Jugend (Versorgung verwahrloster Knaben und jugendlicher Verbrecher in entsprechenden Anstalten, Fürsorge für aufsichtslose Kinder, Knaben- und Mädchenhorte etc., Fürsorge für schwache und epileptische Kinder); 2. Versorgung armer Irren in Heilanstalten und Unterstützung der Angehörigen derselben; 3. Hebung der Volksernährung: Gründung und Unterstützung von Konsumvereinen mit ausschliesslich gemeinnütziger Tendenz, sowie von Volksküchen und Speiseanstalten; 4. Versorgung armer Schulkinder mit kräftiger Nahrung und Unterstützung der Ferienkolonien; 5. Belehrung des Volkes über die verheerenden Wirkungen des Alkoholismus einerseits und über die wohltätigen Folgen der Mässigkeit und Sparsamkeit anderseits, sowie Verbreitung guter Schriften und Gründung und Unterstützung von Lesesälen; 6. Gründung und Unterstützung von Trinkerheilanstalten; 7. Unterstützung von Mässigkeitsvereinen; — *in zweiter Linie:* 1. Zwangs- und Besserungsanstalten oder Unterbringung in solchen; 2. Unterstützung

[1]) Der Bericht des B. R. über die Verwendung des Alkoholzehntels durch die Kantone vom 22. Juni 1903, B. Bl. 1903, III, 621, scheint das Gegenteil anzunehmen.

[2]) Der B. R. verwirft im angeführten Bericht mit Recht die Meinung, es könne den Kantonen *eine* bestimmte Verwendung vorgeschrieben werden.

[3]) Auch seitens des B. R. im zitierten Bericht.

[4]) B. Bl. 1894, IV, 183, 202 u. a. Der B. R. kritisiert nicht jede Verwendung zu diesem Zwecke, sondern nur die Verwendung eines zu grossen Bruchteils.

[5]) B. Bl., 1893, V, 96; 1894, IV, 173, 200.

[6]) B. Bl. 1901, III, 792.

entlassener Sträflinge; 3. Naturalverpflegung armer Durchreisender. — Die Verfassung fordert, dass der Alkoholzehntel zugleich zur Bekämpfung der Wirkungen und der Ursachen des Alkoholismus verwendet werde, mangels näherer Angaben wohl zu ungefähr gleichen Teilen[1]. Die ganze Frage der Verwendung des Zehntels hat in denjenigen Kantonen, welche ohnehin gleichviel oder mehr für die Bekämpfung des Alkoholismus verwenden, keine grosse praktische Bedeutung, wenn nicht die Kantone, wie bei den Schulsubventionen, verpflichtet werden, ihre bisherigen Ausgaben für die gleichen Zwecke beizubehalten; denn wenn ein Kanton die Mehreinnahme des Alkoholzehntels für einen andern Zweck verwenden will, braucht er nur seine eigenen bisherigen Ausgaben zur Bekämpfung des Alkoholismus dafür zu nehmen und sie durch den Alkoholzehntel zu ersetzen[2].

Eine besondere *Sanktion* der Nichterfüllung der Verfassungsvorschrift durch die Kantone sieht Art. 32 bis, wie z. B. Art. 37 bezüglich der Unterhaltung der Alpenstrassen nach Art. 30, nicht vor; dagegen gestattet Art. 85, Ziffer 8, B. V., der B. Vers., auch hier Massregeln zur Erfüllung der bundesmässigen Pflichten der Kantone zu ergreifen, und die einfachste Massregel ist wohl die Zurückhaltung eines Zehntels des Gewinnanteils des fehlbaren Kantons.

2. Nicht gebrannte geistige Getränke.

Das zur Bekämpfung des Alkoholismus im Jahre 1885 entworfene System bestand einerseits in der Verteuerung der gebrannten Wasser, anderseits in der fiskalischen Entlastung der nicht gebrannten geistigen Getränke, welche den Schnaps verdrängen sollten. Zu diesem Zweck wurde der Grosshandel mit solchen Getränken, d. h. der Verkauf von mehr als zwei Liter, nicht nur in das Gesetzgebungsgebiet des Bundes nicht einbezogen und unter dem gemeinen Recht der Gewerbefreiheit gelassen, sondern geradezu privilegiert, indem den Kantonen verboten wurde, die demnächst aufhörenden Ohmgelder auf geistigen Getränken durch andere besondere Steuern zu ersetzen oder den Handel mit nicht gebrannten geistigen Getränken anderen Beschränkungen zu unterwerfen als denjenigen, welche zum Schutze vor gefälschten oder gesundheitsschädlichen Getränken notwendig sind. Der Kleinverkauf und das Wirtschaftsgewerbe wurden dagegen von der Gewerbefreiheit ausgenommen, wie bei Art. 31 erörtert.

Die Privilegierung des «Grosshandels» mit nicht gebrannten geistigen Getränken besteht darin, dass er keiner besonderen Steuer unterworfen werden darf, namentlich keiner Patentsteuer, während sonst be-

[1]) Vgl. die jährlichen Berichte des B. R. an die B. Vers., namentlich den rekapitulierenden vom 22. Juni 1903: Über die Verteilung des Zehntels zur Bekämpfung der Ursachen und der Wirkungen des Alkoholismus. Vgl. Bericht für 1891, B. Bl. 1892, IV, 854. In seinem Bericht für 1893 kritisiert der B. R., dass ein Kanton mehr als die Hälfte seines Zehntels zur Anlegung eines Baufonds für eine Trinkerheilanstalt verwende; wenn der Fonds einem bestimmten, verfassungsmässigen Zweck bestimmt ist wie hier, ist diese Verwendung wohl nicht zu beanstanden. B. Bl. 1894. IV, 194, 198. Richtig B. Bl. 1897, II, 34, 36.

[2]) B. Bl. 1898, V, 74, betr. Appenzell A.-Rh.

sondere Gewerbesteuern zulässig sind, und dass er nur bestimmten polizeilichen Beschränkungen unterworfen werden darf. Dieser Privilegierung ist es zu danken, dass in den meisten Kantonen zahlreiche sog. «Zweiliterwirtschaften» entstanden, die keiner oder keiner strengen polizeilichen Kontrolle unterstellt waren und Unheil anstifteten durch die leichte Trinkgelegenheit, die sie verschafften, durch die vielfachen Übertretungen des Verbots, unter 2 Liter zu verkaufen, und durch die ungesunden und verfälschten Weine, die sie verkauften. Daran war z. T. die B. V. selbst, z. T. aber auch die kantonale Gesetzgebung schuld. Die B. V. verbietet nicht, dass eine strenge gesundheits- und handelspolizeiliche Aufsicht über diese «Grosshändler» geübt werde. Allerdings ist eine solche Aufsicht kaum möglich, wenn jedermann, auch ganz vorübergehend, Wein verkaufen kann; aber nichts verhindert die Kantone, den Verkauf von einer Bewilligung abhängig zu machen, die Bewilligung nur zu erteilen, wenn gesunde, abgesonderte Keller vorhanden sind und der Bewerber bestimmte persönliche Eigenschaften besitzt, und bei polizeiwidrigem Verhalten die Bewilligung zu entziehen; es dürfte auch zulässig sein, zur Erleichterung der polizeilichen Kontrolle vorzuschreiben, dass der Verkauf geistiger Getränke in besonderen Lokalen stattfinden solle. An der B. V. ist zu rügen, dass es s. z. s. unmöglich ist, zu verhindern, dass ein nicht dazu Berechtigter Quantitäten unter 2 Liter verkauft, und dass sie den sog. Grosshandel durch das Steuerverbot unnötig begünstigt hat. In den Verhandlungen über die Motion Steiger war man darüber einig, dass der Konsum der vermeintlich gesunden Getränke, wie Wein und Bier, infolge der billigen Preise der ausländischen Weine in solchem Masse zugenommen habe, dass er beinahe eben so gefährlich geworden sei wie vorher der Branntwein. Zur Besserung dieser Zustände lag es nahe, zunächst die privilegierte Stellung des Grosshandels aufzuheben, was den Kantonen zwar nicht die numerische Beschränkung, aber die Besteuerung und polizeiliche Regelung des Gewerbes erlaubt hätte; sodann die unhaltbare Grenze zwischen Gross- und Kleinhandel aufzuheben, was den Verkauf über die Gasse in beliebigen Quantitäten zum freien, aber fiskalisch und polizeilich beschränkten Gewerbe gemacht hätte, oder, wenn man sich nicht dazu verstehen wollte, die Grenze so hoch zu setzen, dass nur noch wirkliche Grosshändler diesen Handel betrieben hätten, z. B. 40 l. wie bei den gebrannten Wassern. Indem man die Grenze nur auf 10 l. setzte und dem mit grösseren Quantitäten Handelnden die bisherige Steuerfreiheit sicherte, verhinderte man nicht die Übertretungen und liess die Vorteile des nicht besteuerten Grosshandels gegenüber dem besteuerten oder vielleicht gar nicht zugänglichen Kleinhandel fortbestehen; zugleich besteuerte man den armen Mann, der sich nicht 10 l. auf einmal kaufen kann, und trieb ihn wieder in die Wirtschaft.

Zur Auslegung des Abs. 2 sei endlich bemerkt, dass als «Kleinverkauf von Quantitäten unter zwei Liter» nicht die Abschliessung von Kaufverträgen über zwei Liter zu verstehen ist, sondern die auf Grund Kaufvertrages erfolgte einmalige Lieferung von solchen Quantitäten; sonst wäre es ein Leichtes, durch Abschluss angeblicher Kaufverträge über zwei oder mehr Liter, lieferbar auf Verlangen in kleineren Quantitäten, die Vorschriften der B. V. zu umgehen; das B. Ges. betr. gebrannte Wasser, Art. 17, sagt dies ausdrücklich.

Art. 33.

Den Kantonen bleibt es anheimgestellt, die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig zu machen.

Auf dem Wege der Bundesgesetzgebung ist dafür zu sorgen, dass derartige Ausweise für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können.

I. Geschichte.

Art. 33 verdankt seine Entstehung der Verfassungsrevision von 1872 bis 1874; bei Art. *31* (S. 271) wurde bereits der vom B.R. 1870 vorgeschlagene neue Art. 29 erwähnt; der B. R. verfolgte damit in erster Linie den Zweck, den sog. wissenschaftlichen Berufsarten die Freizügigkeit in der ganzen Schweiz zu verschaffen, und betrachtete es als eine Konzession an das auf diesem Gebiet noch erhalten gebliebene Zunftwesen, dass den Kantonen die Befugnis gelassen werde, ein Fähigkeitspatent zu verlangen. Als wissenschaftliche Berufsarten führte er beispielsweise an diejenigen der Menschen- und Tierärzte, der Apotheker, Advokaten und Geschäftsagenten, im Gegensatz zu solchen Berufen, die als öffentliche Ämter verliehen werden [1].

Die N. R. K. nahm die heutige, mit derjenigen des B. R. inhaltlich übereinstimmende Fassung als Schlussabsätze des Art. 29 (= 31 von heute) auf, nachdem zwei Mitglieder zu Protokoll erklärt hatten, sie stimmen zu dem Antrag in der Meinung, dass die Eidgenossenschaft die Prüfungen für die protestantischen und katholischen Geistlichen zu reglementieren habe [2]. Der Referent der St. R. K. beantragte Streichung der beiden Absätze, eventuell im zweiten Absatz Einschaltung der Worte «soweit tunlich»; ein einheitliches Fähigkeitszeugnis sei für Geistliche und Juristen untunlich, und für die andern Berufsarten möge der Weg des Konkordates beschritten werden.

In der Kommission wurde hervorgehoben, die kantonalen Gesetzgebungen lassen sich alle auf das römische oder deutsche Recht zurückführen und seien unter sich nicht so verschieden, dass ein einheitlicher juristischer Fähigkeitsausweis nicht denkbar wäre. Von anderer Seite wurde die Freigebung der wissenschaftlichen Berufsarten mit fakultativem Charakter der Examen angeregt. Die Kommission sprach sich schliesslich für den b. r. Antrag aus. Aus den beiden Absätzen wurde ein selbstständiger Artikel gemacht [3].

Der N. R. verwarf die neuerdings beantragte Freigebung der wissenschaftlichen Berufsarten und ebenso den Grundsatz, dass die in einem Kanton ausgestellten Befähigungsausweise auch in den andern gültig sein sollen. Es wurde ferner eine Übergangsbestimmung angenommen des Inhalts: «Die Bundesgesetzgebung wird auch die Stellung derjenigen

---

[1]) Botschaft vom 17. Juni 1870, B. Bl. 1870, II, 665.
[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 58, 69, 78, 79.
[3]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 22—24, 32—34.

berücksichtigen, welche vor Promulgation der Verfassung in einem Kanton zur Ausübung der Medizin, der Chirurgie, der Pharmazie und der Tierheilkunde patentiert worden sind.» Als darauf der Antrag gestellt wurde, diese Bestimmung auch auf die Juristen zu beziehen, beschloss die Versammlung, von einer solchen Übergangsbestimmung überhaupt abzusehen und die Regelung der Frage der zukünftigen Gesetzgebung anheimzustellen.

In einer spätern Sitzung wurde jedoch von *Joos* wieder folgende Übergangsbestimmung vorgeschlagen: «Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, und welche vor Annahme gegenwärtiger Verfassung und bis zum Erlasse der im Art. 30[bis] vorgesehenen Bundesgesetzgebung von einem Kanton den Ausweis der Befähigung erlangt haben, sind befugt, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben.» Von der Kommission erhielt diese Übergangsbestimmung ohne nähere Begründung ihre heutige Fassung, in der sie vom N. R. angenommen wurde; der St. R. wollte sie zuerst streichen, schloss sich aber dem N. R. an, als dieser auf seinem Beschlusse beharrte[1]). Beide Artikel wurden 1874 ohne Diskussion bestätigt[2]).

II. Auslegung.

1. Unter *wissenschaftlichen Berufsarten* sind solche zu verstehen, die nicht bloss in einer handwerksmässigen oder in einer geistigen Tätigkeit bestehen, die keine wissenschaftliche Vorbereitung erfordert. Man hatte dabei wohl in erster Linie diejenigen Berufe im Auge, die den Besuch einer Hochschule voraussetzen, der französische Ausdruck (professions libérales) deutet darauf hin; der Begriff beschränkt sich aber nicht auf diese; Geometer, Lehrer, Zahnärzte gehören auch dazu. Bei andern Berufen, die eine höhere technische oder künstlerische Vorbildung erheischen, stellt sich die Frage nicht, weil Fähigkeitszeugnisse überhaupt nicht verlangt werden und nach Art. 31 auch kaum verlangt werden könnten. Die Grenze zwischen handwerksmässigem und wissenschaftlichem Beruf ist fliessend und nicht ohne Rücksicht auf die jeweils herrschende Anschauung zu bestimmen. Der B. R. nahm in seiner Botschaft vom 18. Mai 1877 zum Entwurf des Gesetzes betr. Freizügigkeit der Medizinalpersonen an, nicht nur die Berufe der niederen Chirurgie, der Orthopädie und der Hebammenberuf seien keine wissenschaftlichen, sondern auch derjenige des Zahnarztes; mit Rücksicht auf die in der Zahnarzneikunde gemachten wissenschaftlichen Fortschritte ist er im Jahre 1886 mit Recht auf seine Meinung zurückgekommen[3]).

Auch im Anwaltsberuf gibt es eine Art niederer Chirurgen, die Geschäftsagenten, insofern sie sich bloss mit Betreibung und einfacheren Rechtsstreiten befassen; der Beruf erfordert mehr Geschäftserfahrung

---

[1]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 112—116, 353 f, 571, 581, 598, 602. Prot. des St. R. vom 20. Januar, 1., 2. März 1872. Vgl. B. Bl. 1877, II, 88.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873—1874, S. 54, 323; 280, 383, 385.

[3]) *Salis*, 2. Aufl., Nr. 822. Die Kantone können ohne Zweifel alle gefährlichen oder zu Täuschung Anlass gebenden Heiloperationen, -methoden und -mittel den geprüften Ärzten vorbehalten; dem Bunde steht es aber jedenfalls nicht zu, Fähigkeitszeugnisse über die nicht wissenschaftlichen Heilberufe auszustellen. Vgl. *Salis*, a. a. O., Nr. 837, 838.

und positive Gesetzeskenntnis als wissenschaftliche Bildung und wird wohl kaum als wissenschaftlicher in das Gebiet der Bundesgesetzgebung fallen.

Schwieriger ist die Frage, wie sich Art. 33 zu denjenigen Berufen verhält, die *öffentliche Ämter* sind, wie diejenigen eines Geistlichen, eines Notars oder eines Lehrers. Die Frage, ob ein Beruf zum öffentlichen Amt, das einer Verleihung bedarf, gemacht werden darf, ist eine Frage der Gewerbefreiheit i. w. S. (Art. *31*); sie ist oben bezüglich des Notariates bejaht worden und muss m. E. auch bezüglich des Anwaltsberufes bejaht werden; einmal weil, wie bei Art. 31 ausgeführt, die Kantone überhaupt das Recht haben, eine bisher freie Tätigkeit zu einem öffentlichen Verwaltungsdienst zu machen, und sodann, weil die Kantone die Funktion des Anwaltes in der Rechtspflege kraft ihres Gesetzgebungsrechtes über Gerichtsorganisation und Prozessrecht zu einer gerichtlichen erheben können[1]).

Die Frage, die sich hier stellt, ist vielmehr die, ob sich das Gesetzgebungsrecht des Bundes und die durch Art. 33, verbunden mit Art 5 der Übergangsbestimmungen, garantierte Freizügigkeit auch auf diese Berufspersonen erstreckt. Von Notaren war in den Verhandlungen, aus denen Art. 33 hervorgegangen, nie die Rede; die Berufskenntnisse des Notars sind zu sehr mit dem öffentlichen Recht der einzelnen Kantone verflochten, als dass an ihre Freizügigkeit zu denken wäre (B. Ger. 5. Mai 1897, i. S. Brunner, XXIII, 481). Eben so sicher ist, dass sich Art. 33 B. V. auf den *Anwaltsberuf* bezieht; es ist aber anzunehmen, dass die Verfassung dabei voraussetzte, der Anwaltsberuf sei ein Privatberuf, und dass sie da, wo der Beruf ein öffentliches Amt ist, wie in Uri und Freiburg, oder zu einem solchen gemacht würde, nicht Anwendung findet[2]).

Zweifelhaft ist aber, ob Art. 33 auch auf *Geistliche* und *Lehrer* der verschiedenen Stufen Anwendung finde. Es sind dies eben so sicher wissenschaftliche Berufsarten (professions libérales) — von den Theologen war mehrmals die Rede während der Revisionsverhandlungen — als Ämter; denn Privatlehrer kommen kaum, und Geistliche von privaten Religionsgenossenschaften gar nicht in Betracht[3]). Der B. R., von Art. 33, Abs. 2, ausgehend, nahm in seiner mehrerwähnten Botschaft an, Geistliche und Lehrer seien auch gemeint; das hätte zur Folge, dass ihnen auch Art. 5 Ü. B. zu gute käme. Das B. Ger. hat sich in einer auf einen Geistlichen bezüglichen Entscheidung, von Art. 5 Ü. B. ausgehend, dahin ausgesprochen, dass Art. 33 auf die Fähigkeit zur Bekleidung öffentlicher Ämter nicht Anwendung finde[4]). Nicht, weil die Freizügigkeit

[1]) Damit ist aber nicht gesagt, dass der Anwaltsberuf kein freier, nach Art. 31 zu beurteilender Beruf mehr sei, sobald das Gesetz denjenigen, die ihn ausüben, gewisse öffentlich-rechtliche Pflichten auferlegt, z. B. zur Übernahme amtlicher Verteidigungen u. a., gleich wie die Ärzte zur Anzeige gesundheitswidriger Zustände, zur Vornahme gerichtlicher Expertisen u. a. verpflichtet werden. Unrichtige Auffassung bei *Berthean*, a. a. O., 180.

[2]) B. Ger. 7. Mai 1902, i. S. Rudolf, XXVIII, I, 111 (Solothurnischer beeidigter Fürsprecher). *Reichesberg*, Handwörterbuch, S. 21.

[3]) Vgl. indessen *Samnely*, Art. 50 der Schweiz. B. V., Gutachten, Bern 1875, S. 18 (*Salis*, 1. Aufl., II. Nr. 717), wo ausgeführt ist, dass es Art. 50 B. V. verletzen würde, wenn die Ausübung geistlicher Funktionen in privaten Religionsvereinen vom Nachweis geistiger Befähigung abhängig gemacht würde.

[4]) B. Ger. 30. Juni 1897, i. S. Huber, XXIII, 581; vgl. das oben zitierte Urteil, XXIII, 481; 1545.

in keiner Weise bei beamteten Berufen denkbar wäre, wie das B. Ger. meint; sie würde dann darin bestehen, dass in bezug auf die wissenschaftliche Befähigung keine weiteren Bedingungen an der Wählbarkeit aufgestellt werden dürften als die nach Art. 5 Ü. B. zulässigen, so dass z. B. ein in irgend einem Kantone geprüfter Theologe oder Lehrer in den andern von der Gemeinde, wo diese wählt, gewählt werden könnte, sofern er die andern Wählbarkeitsbedingungen erfüllte. Allein ein so tiefer Eingriff des Bundesrechts in die kantonale Beamtenorganisation ist ohne zwingenden Grund nicht anzunehmen [1].

Bezüglich der *Lehrer* ist jedoch zu bemerken, dass, wenn der Bund Lehrerseminarien gründen sollte, wozu ihm Art. 27 das Recht gibt, er auch ein für die ganze Schweiz einheitliches Lehrerpatent aufstellen könnte; denn wenn die Kantone noch weitere wissenschaftliche Anforderungen an ihre Lehrer stellen könnten, wäre mit dem eidgenössischen Lehrerseminar nichts erreicht.

2. Abs. 2. Im *Verhältnis zu Art. 31 B. V.* ist Art. 33, Abs. 1, eine Spezialbestimmung, keine Ausnahme; es ergibt sich schon aus Art. 31, lit. *c*, welcher polizeiliche Einschränkungen der Gewerbefreiheit zulässt, dass die Kantone zur Ausübung wissenschaftlicher Berufe Fähigkeitszeugnisse fordern können, Art. 33 beseitigt aber jeden Zweifel [2].

Es darf daher aus Art. 33 nicht e contrario geschlossen werden, für die Ausübung anderer Berufe (z. B. Hebammen) dürfen die Kantone keine Befähigungsausweise verlangen.

Die wissenschaftlichen Berufsarten sind im übrigen von der Gewerbefreiheit nicht ausgenommen [3]; sie können sich zu ihren Gunsten darauf berufen, aber auch umgekehrt auf Grund von Art. 31, lit. *c*, noch weiteren polizeilichen Beschränkungen als der Befähigungsausweis unterworfen werden, die sich nach der Eigenart des Berufes rechtfertigen.

In der ersten Beziehung können sie sich einer Beschränkung der Zahl der Berufsgenossen widersetzen, es sei denn, dass der Beruf zu einem öffentlichen Verwaltungsdienst gemacht werde (B. Bl. 1876, II, 587; *Salis*, II, Nr. 833; 1. Aufl., Nr. 1635). B. R. B. v. 28. Juni 1881 i. S. Sauter, Apotheker, bestätigt durch die B. Vers. a. 23. Dez. 1881 (B. Bl. 1881, III; 1882, II, 762; *Salis*, II, Nr. 847, I). Vgl. auch die bei Art. 31, S. 280, 287, angeführten Entscheide betr. Arzneitaxen, und *Salis*, a. a. O., Nr. 831. Sie können die bei Art. 31 entwickelten Grundsätze über Gewerbebesteuerung auf sich anwenden. — In der zweiten Beziehung ist entschieden worden, dass die Kantone die Einholung einer vorherigen Bewilligung verlangen: B. R. B. v. 4. Juni 1879 (B. Bl. 1880, II, 17) und 12. Nov. 1895 (B. Bl. 1895, IV, 441. *Salis*, a. a. O., Nr. 835) und namentlich die Ausübung der wissenschaftlichen Berufe von einem guten Leumund abhängig machen können, z. B. vom Besitz des Aktivbürgerrechts, B. R. B. v. 14. April 1885 i. S. Dürst (B. Bl. 1886, I, 946. *Salis*, a. a. O.,

---

[1]) Eine dritte Meinung wäre die, dass der Bund das Recht habe, für Lehrer und Geistliche einheitliche Befähigungsausweise aufzustellen, dass aber Art. 5 Ü. B. auf diese Berufe nicht Anwendung finde, entgegen seinem Wortlaut. Sie könnte sich damit rechtfertigen, dass man bei der Annahme des Art. 5 Ü. B. nicht daran dachte, dass das Ausführungsgesetz so lange auf sich warten liesse.

[2]) *Bertheau*, a. a. O., 172. ist hierüber unklar.

[3]) In der Begründung unrichtig: B. G. 1. April 1897, i. S. Bühler, XXIII, 479. Erw. 1. Richtig: B. R. B. v. 10. März 1886 (Zahntechniker), B. Bl. 1887, II, 690; *Salis*, a. a. O., Nr. 831. B. R. B. v. 29. Nov. 1887 (Apotheker), B. Bl. 1888, II, 787; *Salis*, a. a. O., Nr. 846.

Nr. 832); B. Ger. a. 2. Okt. 1901 i. S. Cortazzi (XXVII, I, 427, Vorbestrafung eines Arztes wegen Verbrechen gegen das keimende Leben). B. R. B. v. 10. April 1885 i. S. Sprenger (B. Bl. 1886, I, 944; *Salis*, a. a. O., Nr. 853). B. R. B. v. 30. Dez. 1879 (B. Bl. 1880, II, 615, Verurteilung zu Zuchthausstrafe); vom 20. April 1880 (B. Bl. 1881, II, 692, Zahlungsunfähigkeit). B. R. B. v. 2. Mai 1899 (B. Bl. 1900, I, 816); v. 15. Juni 1899, bestätigt durch B. Vers. a. 22. Dez. 1899 (B. Bl. 1899, IV, 173; 1900, I, 817, gewohnheitsmässiger Verleumder beim Anwaltsberuf. *Salis*, a. a. O., Nr. 860, 861). Es verstösst auch nicht gegen das Bundesrecht, wenn Frauen vom Ärzte- und Anwaltsberuf ausgeschlossen werden: B. Ger. a. 29. Januar 1887 i. S. Kempin, XIII, 1. *Bertheau*, a. a. O., 174. Den Ärzteberuf betreffend ist entschieden worden, dass eine die Würde des Berufes verletzende publizistische Anpreisung, nicht aber eine einfache Anzeige der Ausübung des Berufs, verboten werden könne: B. R. B. v. 14. April 1885 i. S. Dürst (B. Bl. 1886, I, 946; *Salis*, a. a. O., Nr. 832, B. Ger. XXVII, 429; vgl. bei Art. 31 die Entscheide über Ankündigung von Arzneimitteln); den Apothekerberuf betreffend, dass in Apotheken keine alkoholischen Getränke verkauft werden dürfen: B. R. B. v. 30. April 1880 i. S. Court, durch B. Vers. bestätigt a. 21. Dez. 1880 (B. Bl. 1880, III, 475; 1881, II, 686; *Salis*, a. a. O., Nr. 848); zweifelhafter ist die Zulässigkeit der Vorschrift, dass jeder Apotheker alle in der Pharmakopöe enthaltenen, oder überhaupt eine bestimmte Anzahl von Medikamenten feil halten muss; es liegt darin eine m. E. zulässigerweise dem Apotheker auferlegte öffentlich-rechtliche Pflicht[1]).

Die Kantone sind nur *berechtigt, nicht verpflichtet*, Befähigungsnachweise zu verlangen; sie können die wissenschaftlichen Berufe freigeben, oder, wenn ein eidgenössischer wissenschaftlicher Ausweis besteht, sich für ihr Gebiet mit einem leichteren, eigenen oder fremden, begnügen[2]).

3. Abs. 2. Der Bund hat das Recht, auf dem Wege der Gesetzgebung dafür zu sorgen, dass Befähigungsausweise für wissenschaftliche Berufsarten für die ganze Eidgenossenschaft gültig erworben werden können. Der Ausweis muss in jedem Fall nach einheitlichen Normen zu erhalten sein; der Bund kann sich aber damit begnügen, über die Erlangung eines eidgenössischen Fähigkeitszeugnisses zu Handen der kantonalen Examenbehörden allgemeine Vorschriften aufzustellen, oder aber zur Ausführung dieser Vorschriften eidgenössische Examenbehörden einsetzen. Er hat letzteres getan, wo er von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht.

---

[1]) A. M. *Orelli*, Die Stellung der Pharmazie zu Art. 31 B. V., Gutachten, Zürich 1881, S. 15, 25. Gutachten *Kaiser*, „Apothekerwesen" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 66. Aus dem gleichen Grund ist auch bundesrechtlich nichts dagegen einzuwenden, wenn das kantonale Recht die Unterscheidung zwischen homöopathischer und allopathischer Apotheke nicht anerkennt und die Einrichtung einer vollständigen Apotheke verlangt. B. R. B. vom 28. Juni 1881, B. Bl. 1881, III, 671; *Salis*, a. a. O., Nr. 847, I.

[2]) In der Begründung nicht zutreffend ist die mehrerwähnte Botschaft des B. R. v. 18. Mai 1877, B. Bl. 1877, II, 874; *Salis*, a. a. O., Nr. 834. B. R. B. v. 6. Mai 1890, i. S. der Tessinischen pharmazeutischen Gesellschaft, B. Bl. 1890, IV, 785 (Zulassung von Medizinalpersonen mit ausländischen Diplomen); *Salis*, a. a. O., Nr. 826. Vgl. unzulässige weil rechtsungleiche Zulassung eines fremden Arztes: B. Ger. a. 22. Juli 1902, i. S. Association des médecins du canton de Genève, XXVIII, 235.

Das eidgenössische Fähigkeitszeugnis erbringt für den Besitzer gegenüber allen kantonalen Behörden den Nachweis der wissenschaftlichen Befähigung; die Kantone können nicht *mehr* verlangen. Dagegen können sie sich mit einem leichteren Ausweis begnügen oder gar keinen verlangen; und wie bereits bemerkt, bleiben sie berechtigt, die Ausübung wissenschaftlicher Berufe an weitere Bedingungen polizeilicher Natur zu knüpfen.

Über die freie Ausübung der Arzneikunst bestand seit dem 22. Juli 1867 ein Konkordat, dem bis zum 24. Oktober 1873 alle Kantone ausser Unterwalden, Tessin, Freiburg, Waadt, Wallis und Genf beigetreten waren (A. S. IX, 98). Die Konkordatskantone verpflichteten sich, die Ausübung der Arzneikunst *nur* denjenigen zu gestatten, die das Examen vor einer Konkordatsbehörde bestanden hatten.

Am 19. Dez. 1877 nahm die B. Vers. das Bundesgesetz betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals (Ärzte, Apotheker und Tierärzte) in der schweizerischen Eidgenossenschaft an (A. S. III, 379), welches durch Gesetz vom 21. Dez. 1886 (A. S. X, 58) auf die Zahnärzte ausgedehnt wurde[1]).

Der Bund hat trotz der imperativen Fassung des Art. 33, Abs. 2, über die Freizügigkeit des *Anwaltsberufes* noch nicht legiferiert[2]).

Über die Freizügigkeit der *Geometer* besteht zwischen den Kantonen Zürich, Bern, Solothurn, Baselstadt, Aargau und Thurgau, denen später noch Luzern, Schaffhausen, St. Gallen und Baselland beigetreten sind, ein Konkordat vom 20. Januar 1868 (A. S. IX, 314)[3]).

Endlich sei erwähnt, dass die Kantone Zürich, Glarus, Schaffhausen, Appenzell A.-Rh., Baselstadt und Baselland, St. Gallen, Aargau und Thurgau durch Konkordat vom 14. Februar 1862 (A. S. VII, 174) vereinbarten, jeden *Geistlichen*, welcher von einer gemeinschaftlichen Prüfungsbehörde wahlfähig erklärt worden ist, in den Kirchendienst der sämtlichen konkordierenden Stände zuzulassen[4]).

Art. 34.

Der Bund ist befugt, einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern in den Fabriken und über die Dauer der Arbeit erwachsener Personen in denselben aufzustellen. Ebenso ist er berechtigt, Vorschriften zum Schutze der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und die Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb zu erlassen.

---

[1]) Vgl. *Schmid*, Art. Ärztewesen, in *Reichesbergs* Handwörterbuch, 26. Über die Anerkennung der im Ausland erworbenen Diplome und die Grenzpraxis vgl. auch *Salis*, a. a. O., Nr. 826, 834, 840, 842, 862.

[2]) Er ist dazu mehrfach angeregt worden, angesichts des unbefriedigenden Zustandes, den Art. 5 Ü. B. schafft. Vgl. die Literatur bei *Wäber*, Artikel „Advokatur" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, 25, und *Salis*, a. a. O., Nr. 852.

[3]) *Blumer-Morel*, II, 302.

[4]) *Blumer-Morel*, II, 341.

Der Geschäftsbetrieb von Auswanderungs-Agenturen und Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens unterliegt der Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes.

I. Geschichte[1].

Abs. 1. Die Entstehung dieser Bestimmung geht auf eine von N. R. *Joos* am 7. Juli 1868 gestellte Motion zurück, die zum B. B. vom 24. Juli 1868 führte: «Der B. R. wird eingeladen, über die Arbeit der Fabrikkinder in den Kantonen möglichst vollständige Erhebungen zu veranstalten und die Ergebnisse derselben seinerzeit der B. Vers. vorzulegen[2].» Der B. R. lud die Kantone ein, über die verschiedenen Seiten der Frage Erhebungen zu machen, und liess die eingegangenen Berichte durch das eidg. statistische Bureau zusammenstellen. Bericht vom 18. Juli 1869 (B. Bl. 1869, II, 669). Darauf ergänzte die B. Vers. ihren Auftrag vom 24. Juli 1868 am 19. Oktober dahin, der B. R. wolle auch die Frage untersuchen, ob nicht für die in Fabriken und fabrikähnlichen Etablissementen verwendeten Kinder und Minderjährigen allgemein schützende Bestimmungen zu treffen seien. Der B. R. erstattete hierüber Bericht mit Botschaft vom 30. Nov. 1870 (B. Bl. 1870, III, 877); die Ergebnisse seiner Untersuchung lauteten, dass es zwar wünschbar wäre, durch gesetzliche Vorschriften der Ausbeutung der Arbeitskraft der Kinder zu steuern, dass aber zurzeit der Bund dazu nicht kompetent sei. Da aber die Revision der B. V. bei den eidg. Räten hängig war, beantragte der B. R., in die B. V. folgende Bestimmung aufzunehmen:

«Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen für die Verwendung von Kindern zur Arbeit in Fabriken zu erlassen.» (B. Bl. 1870, III, 879.)

Die Gesetzgebungsbefugnis des Bundes auf die Verhältnisse der erwachsenen Fabrikarbeiter auszudehnen, hielt der B. R. nicht für empfehlungswert, weil es grundsätzlich über die Aufgabe des Staates hinausgehe, sich in die Arbeitsverhältnisse Erwachsener einzumischen, und weil es zurzeit den Interessenten selbst nicht erwünscht sein dürfte.

Die staatswirtschaftliche Sektion der N. R. K. teilte diese Ansicht nicht; sie wollte noch weit über die Regelung der Arbeit in den Fabriken hinausgehen mit der Bestimmung:

«Der Bund ist befugt, über Gewerbebetrieb und Gewerbepolizei, einschliesslich der auf die Verwendung von Arbeitern in Fabriken bezüglichen Verhältnisse, einheitliche Vorschriften aufzustellen.»

---

[1] Vgl. die ausführlichere Darstellung bei *Blumer-Morel,* II, 273. Verschiedene gewerbetreibende Kantone besassen schon Fabrikgesetze: Thurgau, Zürich, Aargau, Glarus, Bern, St. Gallen und Baselland. Im Jahre 1855 hatte Glarus die Initiative ergriffen zu einer interkantonalen Verständigung über einige Hauptpunkte einheitlicher Fabrikgesetzgebung; es fanden interkantonale Konferenzen in den Jahren 1859, 1864 und nach dem Scheitern der Verfassungsrevision statt; die zweite unter dem Vorsitz des Vorstehers des eidg. Departements des Innern. Die Kantone waren aber noch weit entfernt, sich zu einigen. Vgl. *Furrer,* volkswirtschaftliches Lexikon der Schweiz, I, 597, und das ausführliche Werk von *Böhmert,* Die Verhältnisse der Fabrikarbeiter in der Schweiz.

[2] B. Bl. 1868, III, 69. Vgl. Bericht der St. R. K. darüber, ibid. 654.

Die N. R. K. selbst setzte nach «Arbeitern» hinzu: «und Kindern», und gab dem 1. Abs. die gebietende Form: «Der Bund wird ...[1]).» Die St. R. K. beschränkte, wie schon bei Art. 31 berichtet, die Kompetenz des Bundes auf die Gesetzgebung über die Verwendung von Arbeitern und Kindern in den Fabriken[2]). Der N. R. nahm die von seiner Kommission beantragte Bestimmung in erster Beratung an; der St. R. wollte dagegen den Bund nur befugt erklären, zum Schutze der Arbeiter gegen Gesundheit und Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb einheitliche Bestimmungen aufzustellen und die Verwendung von Kindern in den Fabriken gesetzlich zu regeln. Im N. R. wurde darauf beantragt, dem St. R. beizutreten; *dagegen* wurde jedoch erinnert, dass der N. R. bei Fassung des Artikels nicht nur den Schutz der Arbeiter, sondern auch des Publikums im Auge gehabt habe, so namentlich den Schutz auf den Eisenbahnen und Dampfschiffen. Schliesslich trat aber der N. R. dem St. R. bei[3]).

Im Jahre 1873 beantragte die N. R. K., den Bund zu ermächtigen, einheitliche Bestimmungen über die Verwendung von Kindern und erwachsenen Personen in Fabriken, sowie im allgemeinen Vorschriften zum Schutze der Arbeiter gegen einen die Gesundheit und Sicherheit gefährdenden Gewerbebetrieb aufzustellen[4]).

Im N. R. wurde auf die Unbestimmtheit des Begriffes der Fabrik hingewiesen und gefragt, ob darunter nur die eigentlichen Fabriken i. e. S. oder auch die auf ganze Landesteile zerstreute Fabrikarbeit, oder sogar die industrielle Hausarbeit begriffen werde; der Bund könnte auf Grund der beantragten Befugnisse leicht dazu kommen, auch das Verhältnis zwischen Arbeiter und Arbeitgeber ordnen zu wollen. — Darauf wurde entgegnet, es sei nicht die Absicht, die Arbeit im allgemeinen zu regeln; zudem beziehe sich der Artikel wesentlich auf die eigentlichen Fabriken; auf diejenigen Landesteile, in denen die Hausindustrie vorhanden sei, finde der Artikel seine Anwendung nicht[5]).

Abs. 2[6]). Eine Anzahl Kantone hatte schon vor 1874 Gesetze über die *Auswanderungsagenturen* (B. Bl. 1879, III, 948); die Überwachung liess aber meist zu wünschen übrig.

Den 30. Nov. 1866 stellte der Schweiz. Auswanderungsverein an den N. R. das Gesuch, es sei ein Bundesgesetz über die Auswanderungsagenturen zu erlassen. Durch den N. R. dazu aufgefordert, erstattete der B. R. über die Frage eingehenden Bericht mit Botschaft vom 12. Juni 1867 (B. Bl. 1867, II, 238 ff.): ein solches Gesetz könnte in mancher Beziehung von gutem Erfolg sein, dem Bund fehle aber zurzeit die Kompetenz dazu. Den 25. Juli 1867 beauftragte der N. R., auf Antrag von Dr. *Joos*, den B. R. mit der Erhebung statistischen Materials für die überseeische Auswanderung, was auch geschah (B. Bl. 1870, III, 994).

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 79. 80, 217.
[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 24, 25.
[3]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 119, 544, 572, 576. Prot. des St. R. v. 22. Januar, 26., 28. Februar 1872.
[4]) Prot. des N. R. 1873, S. 17, 62.
[5]) Prot. der eidg. Räte 1873/1874. S. 56, 325.
[6]) Vgl. *Blumer-Morel*, II, 258 ff. *Reichesbergs* Handwörterbuch, Artikel: Auswanderungswesen, vom Herausg. I, S. 380. B. Bl. 1867, II, 226 ff.

Die meisten Kantone hatten auch schon Vorschriften über die staatliche Bewilligung und Aufsicht von *Versicherungsunternehmungen*[1]. Die Kantone waren aber nicht im stande, eine wirksame Aufsicht auszuüben, weil sie die nötigen Organe zur Beurteilung der technischen Grundlagen des Versicherungsgeschäftes nicht besassen.

Der B. R. stellte bei der Revision der B. V. i. J. 1871 keinen Antrag auf Erweiterung der Bundeskompetenzen in diesen beiden Hinsichten. Dagegen schlug die staatswirtschaftliche Sektion der N. R. K. folgende Bestimmung vor: «Der Geschäftsbetrieb von Auswanderungsagenturen und Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens unterliegt der Aufsicht des Bundes, welcher die zum Schutze der Beteiligten erforderlichen gesetzlichen Bestimmungen erlässt.»

Der Demokratenverein von Rapperswil hatte in einer Eingabe Leitung der Auswanderung und Kolonisation durch den Bund verlangt. Die referierende Sektion wollte aber auf letzteren Punkt nicht eintreten, und die Kommission stimmte ihr zu. Gegen die Bestimmung wurde geltend gemacht, es sei gefährlich, von Staats wegen einem Versicherungsunternehmen die Genehmigung zu erteilen, die in den Augen des Publikums leicht den Charakter einer Garantie annehme. Darauf wurde erwidert: Der Staat werde allerdings durch die Konzessionierung keine Entschädigungspflicht übernehmen, der Bürger werde aber immerhin einige Beruhigung darin erblicken, dass der Staat die Statuten und die übrigen Verhältnisse der Anstalt prüfe. Die Bestimmung erhielt als 2. Abs. des Art. 29ter die heutige Fassung[2].

Im N. R. nahm Dr. *Joos* 1871 den Antrag des Demokratenvereins betr. Regelung der Auswanderung in Verbindung mit der Kolonisation auf: «Der Oberaufsicht des Bundes unterliegen die Bestimmungen über Auswanderung und Kolonisation»[3], aber ohne Erfolg. Der Antragsteller wollte es Gemeinden oder Kantonen ermöglichen, in Amerika Bodenkomplexe zu erwerben und darauf Auswanderer anzusiedeln zur Verminderung ihrer Armenlast. *Bleuler* beantragte, den Bund zu berechtigen, sich bei nationalen Kolonisationsunternehmungen zu beteiligen. 1873 beantragte *Joos* wiederum, dem Bund die Befugnis zu erteilen, sich bei nationalen Kolonisationsunternehmungen zu beteiligen; auch diesmal wurde er abgewiesen, weil dieses Gebiet der Privatinitiative überlassen werden müsse[4].

II. Auslegung[5].

A. Fabrikgesetzgebung.

Die Entstehungsgeschichte der Bestimmung gibt über den Umfang des Gesetzgebungsrechts des Bundes keinen sichern Aufschluss, namentlich darüber, ob sich der zweite Satz des ersten Absatzes nur auf

[1]) Vgl. die Zusammenstellung der kantonalen Gesetze von Dr. *Kummer*, in der Zeitschrift für schweiz. Statistik, 1879, S. 238, und Botschaft des B.R. vom 13. Januar 1885. B. Bl. 1885, I. 106.

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 51, 79—81, 217.

[3]) Prot. des N. R., S. 227—231, 351 und Anhang, S. 212.

[4]) Prot. der eidg. Räte 1873/1874, S. 56, 129—131. *Blumer-Morel*, II, 262. *Joos* stellte seinen Antrag noch einmal anlässlich der Diskussion der Initiative über das Recht auf Arbeit i. J. 1894, ebenfalls ohne Erfolg. St. B. III, 1894, S. 585, 623, 633, 655.

[5]) *Schollenberger*, Kommentar, 298.

die Arbeit in den Fabriken beziehe oder auf jeden gewerblichen Betrieb. Berücksichtigt man, dass der jetzige Wortlaut aus dem viel weitergehenden des b. r. Entwurfes hervorgegangen ist, so neigt man zur weiteren Auslegung; verfolgt man aber die begleitenden Verhandlungen, namentlich von 1873/1874, wo sozusagen von nichts anderem als dem Fabrikbetrieb die Rede war, so scheint die engere Auslegung wahrscheinlicher. Der B. R. hat sich für diese ausgesprochen in seiner Botschaft betr. den Gesetzesentwurf über die Arbeit in den Fabriken, vom 6. Dez. 1875 (B. Bl. 1875, IV, 921), und wiederum in seiner Botschaft betr. Einführung des Rechts der Gesetzgebung über das Gewerbewesen, vom 25. Nov. 1892 (B. Bl. 1892, V, 390), m. E. mit Recht. Es spricht dafür der innere Grund, dass eine Gesetzgebung, die den nicht fabrikmässigen Betrieb nur in dieser Beziehung regelte, gar zu fragmentarisch wäre.

Das B. Ges. vom 26. April 1887, betr. die Ausdehnung der Haftpflicht, geht daher über die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinaus, wenn es in Art. 5 die gewerbepolizeilichen Bestimmungen des Fabrikgesetzes auf andere als Fabrikbetriebe anwendbar erklärt; es sind das die Bestimmungen, welche den Fabrikbesitzer verpflichten, zum Schutze der Gesundheit und zur Sicherheit gegen Verletzungen Schutzmittel anzuwenden, von allen in der Fabrik vorkommenden erheblichen Körperverletzungen und Tötungen der Behörde Anzeige zu machen, beides unter Androhung von Strafe. Sie können nicht bloss als zivilrechtliche betrachtet werden, als gesetzlicher Inhalt des Arbeitsvertrages, denn sie sollen nicht nur eine Pflicht unter den Vertragsparteien begründen, sondern eine Pflicht dem Staat gegenüber, deren Verletzung nicht nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu beurteilen ist und nicht nur zivilrechtliche Folgen hat, sondern auch öffentlich-rechtliche: die Erfüllung kann auf dem Verwaltungswege erzwungen und die Verletzung mit Strafe geahndet werden; daher sind diese Bestimmungen auch zu gunsten von Personen anwendbar, die bloss tatsächlich Arbeiter sind, ohne einen Dienstvertrag geschlossen zu haben [1]. Die Gewerbepolizei ausserhalb der Fabrik ist aber Sache der Kantone geblieben.

Was die B. V. unter *Fabrik* versteht, ist nicht leicht zu sagen; als das Fabrikgesetz beraten wurde, handelte es sich hauptsächlich um die drei Begriffsmerkmale einer grösseren Zahl von Arbeitern, der Arbeit in einem geschlossenen Lokal und ausserhalb des Domizils. Letzteres war ausser Zweifel, da die Fassung des Art. 34 gerade gewählt worden war, um die Hausindustrie vom Gebiete der Bundesgesetzgebung auszuschliessen. Es ist kaum anzunehmen, dass die B. V. unter Fabrik Gewerbebetriebe verstanden habe, die nicht eine Mehrzahl von Arbeitern beschäftigen. Die Zahl der Arbeiter wurde im Gesetz nicht festgesetzt; der B. R. hat in einem Beschluss vom 3. Juni 1891 (A. S. XII, 123) Normen aufgestellt, denen zufolge in der Regel 5 oder 10 Arbeiter erforderlich sind, bei Betrieben aber, die für die Gesundheit oder das Leben der Arbeiter besonders gefährlich sind, auch eine geringere Zahl genügt. Ist die eingangs gegebene Auslegung richtig, so berechtigte die Gefährlichkeit des Betriebes den Bund nicht, über den Begriff der Fabrik hinauszugehen. Deshalb kann auch die b. r. Verordnung vom 16. Ok-

[1]) Über den privatrechtlichen Charakter gewisser Bestimmungen des Fabrikgesetzes vgl. B. R. B. v. 22. Dez. 1890 i. S. Matt, B. Bl. 1890, V, 615.

tober 1897 (A. S. XVI, 290) betr. Aufstellung und Betrieb von Dampfkesseln und Dampfgefässen, die sich auf Art. 2, Abs. 4, Art. 3, 4, 17 des Fabrikgesetzes und Art. 5 des Gesetzes von 1887 stützt, nicht als verfassungsmässig betrachtet werden. — Das Fabrikgesetz verlangt endlich, dass die Arbeiter in geschlossenen Räumen beschäftigt werden; dieses Begriffsmerkmal wurde mehr aus gesetzestechnischen, — wegen der Schwierigkeiten, andernfalls die fabrikmässigen Betriebe zu bestimmen — als aus verfassungsrechtlichen Gründen aufgestellt; es entspricht aber wohl auch der Absicht der Verfassung; die Praxis begnügt sich damit, dass der Betrieb teilweise in geschlossenen Räumen stattfinde[1].

Art. 34 berechtigt den Bund, *gewerbepolizeiliche* Bestimmungen über die angeführten Gegenstände zu treffen, nicht aber privatrechtliche über den Dienstvertrag, noch öffentliche Wohlfahrtsanstalten zu gunsten der Arbeiter zu errichten oder zu unterstützen. Die erstgenannte Schranke ist zwar aufgehoben durch Art. 64 B. V.[2]; die zweite besteht aber weiter. Es wurde daher mit Recht dagegen Einspruch erhoben, dass der Bund beim Erlass des Fabrikgesetzes, zur leichteren Durchführung der Haftpflicht, genossenschaftliche Versicherungsverbände der Arbeitgeber finanziell unterstütze[3].

Gegenüber andern verwaltungspolizeilichen Kompetenzen der Kantone grenzt sich diejenige des Bundes durch ihren Gegenstand ab. Es muss sich einmal um die Arbeit in der Fabrik und das dadurch entstehende Verhältnis von Arbeitgeber und Arbeiter handeln; daher bleiben gewerbe- oder baupolizeiliche Vorschriften, welche das Verhältnis des Fabrikbesitzers zu Dritten ordnen, in der Kompetenz der Kantone; z. B. Absonderung bei feuergefährlichem oder belästigendem Betrieb, Anpassung an den Bauplan der Stadt, und Betriebseinstellung an Sonn- und Feiertagen, etc. Art. 3, Abs. 2, nicht Abs. 1 des Fabrikgesetzes geht über die Kompetenz des Bundes hinaus, indem er gegen die Gefährdung der Gesundheit oder des Lebens der umgebenden Bevölkerung Vorsorge trifft; noch weiter geht ein B. R. B. vom 19. Nov. 1897, angeführt im offiziellen *Kommentar*, Art. 3, Nr. 1.

Sodann ist die Kompetenz des Bundes auf Vorschriften beschränkt über die Verwendung von Kindern und, bezüglich erwachsener Personen, über die Dauer der Arbeit und den Schutz der Gesundheit und die Sicherheit der Person. Bestimmungen über die Anstellungsbedingungen, wie Ein- und Austritt, Kündigung, Ausbezahlung des Lohnes, Bussen, insofern sie mehr als privatrechtliche Bedeutung beanspruchen, sowie über Wahrung der guten Sitten, überschreiten diesen Rahmen[4]. Es ist aber nicht zu verkennen, dass es höchst unzweckmässig wäre,

---

[1]) Vgl. den vom eidg. Industriedepartement herausgegebenen *Kommentar* des Fabrikgesetzes, Bern 1900. Art. 1, Nr. 4, 12, 15, 16, 27, 38.

[2]) Weshalb schon i. J. 1876 die Opposition der Minderheit der St. R. K. gegen die den Dienstvertrag betreffenden Bestimmungen des Fabrikgesetzes, die, abgesehen von den Haftpflichtbestimmungen, übrigens richtiger als gewerbepolizeiliche aufgefasst werden, unberechtigt war. Bericht vom 23. Nov. 1876, B. Bl. 1876, IV, 555.

[3]) Vgl. Gutachten des eidg. Versicherungsamtes vom 6. Aug. 1886, B. Bl. 1886, III, 51. Unzutreffend ist dagegen die Behauptung: eine solche Privilegierung gewisser Versicherungsunternehmen würde auch mit Art. 34, Abs. 2 in Widerspruch stehen.

[4]) Dies anerkennt der B. R. implicite selbst in seiner Botschaft betr. die Einführung des Rechts der Gesetzgebung über das Gewerbewesen, vom 25. Nov. 1892, B. Bl. 1892, V, 391 f.

die Arbeit in den Fabriken teilweise bundesrechtlichen, teilweise kantonsrechtlichen Polizeivorschriften zu unterstellen.

B. Bezüglich der **Auswanderungsagenturen** hat Art. 34 B. V. seine Ausführung erfahren durch das B. Ges. vom 24. Dez. 1880, revidiert am 22. März 1888 (A. S. X, 652), mit V. V. vom 10. Juli 1888 (A. S. X, 665) und B. B. vom 31. Dez. 1900 betr. die Organisation des Schweizerischen Auswanderungsamtes (A. S. XVIII, 424).

Weder die Verfassung noch das Gesetz bestimmen, was unter *Auswanderung* zu verstehen ist. Sprachlich ist es die Übersiedelung in ein fremdes Land zu dauerndem Aufenthalt, nach Aufgabe der ökonomischen Stellung im bisherigen Lande; die juristische Form, in die sich dieser Vorgang kleidet, ist ein Personentransportvertrag. Ein eigentlicher Auswanderungsvertrag ist davon kaum zu unterscheiden, da die bei Auswanderern in der Regel vorkommenden besonderen Abmachungen juristisch nicht wesentliche Unterschiede sind. Die V. V. vom 10. Juli 1888, Art. 4, Abs. 2, bezeichnet als Passagebillet oder Schiffskontrakt den Vertrag, der zur Überfahrt von einem europäischen zu einem überseeischen Hafen berechtigt, während der Auswanderungsvertrag zur Beförderung vom Inlande aus berechtigt. Eine Umgehung der Bestimmungen über den Abschluss von Auswanderungsverträgen wäre aber leicht; daher stellt das Gesetz auch den geschäftsmässigen Verkauf von Passagebillets unter die Aufsicht des Bundes[1]). Ebensowenig ist es zu beanstanden, wenn der B. R. seine Aufsicht auch auf Kolonisationsunternehmen erstreckt, auch wenn sie mit Auswanderungsagenturen keine geschäftliche Verbindung haben, da sie die Auswanderung unmittelbar beeinflussen und den Auswanderungsagenturen in die Hände arbeiten (Art. 10 des Gesetzes)[2]). Der B. R. hat dagegen mit Recht stets den Grundsatz befolgt, dass es nicht Aufgabe des Bundes sei, die Auswanderung überhaupt oder nach einem bestimmten Lande zu begünstigen[3]).

Der Ausdruck «*Auswanderungsagenturen*» schliesst in sich den gewerbs- oder geschäftsmässigen Abschluss von Auswanderungsverträgen oder die berufsmässige Vermittlung solcher Abschlüsse. Das Gesetz findet denn auch nur auf diese Anwendung[4]).

Ausser gewerbepolizeilichen Bestimmungen, deren Ausführung dem schweiz. Auswanderungsamt unter Mitwirkung der kantonalen Behörden obliegt (Art. 1 des Gesetzes), enthält das Gesetz auch zivilrechtliche über den Inhalt des Auswanderungsvertrages (Art. 15). Die Kompetenz dazu kann dem Bunde auf Grund von Art. 64 nicht bestritten werden. Fraglicher ist sie bezüglich der Gerichtsstandsnorm, dass zivilrechtliche Ansprüche beim Gerichte des Kantons, wo der Vertrag abgeschlossen worden ist, geltend zu machen sind (Art. 21); indessen wird man dagegen nicht viel einwenden, wenn man bedenkt, dass der Bund die Bewilligung des Geschäftsbetriebes an die (gewerbepolizeiliche) Bedingung der Verzeigung des gleichen Gerichtsstandes knüpfen könnte. Art. 26, Abs. 2, geht dagegen über die Kompetenzsphäre des Bundes hinaus, indem er den Kantonen verbietet, nicht nur Kautionen als Bedingungen der (nicht

---

[1]) Vergl. Botschaft vom 6. Juni 1887, B. Bl. 1887, III, 196 ff.; 1892, II, 852; 1898, II, 39, 44.
[2]) B. Bl. 1885, II, 357. *Salis*, 1. Aufl., IV, Nr. 1506.
[3]) Vgl. *Salis*, a. a. O., Nr. 1504 ff.
[4]) Art. 2 des B. Ges. Vgl. Botschaft, B. Bl. 1887, II, 200.

mehr bei den Kantonen stehenden) Bewilligung zum Geschäftsbetrieb zu verlangen, sondern auch Gebühren (taxes) als Gewerbesteuern; die Steuerhoheit ist den Kantonen verblieben, und die Auswanderungsagenturen können nicht beanspruchen, in dieser Beziehung besser gestellt zu werden als andere Gewerbe. Vgl. Art. *31*, S. 291 ff.[1]).

C. Versicherungsunternehmungen[2]).

Aus dem Verfassungstext geht deutlich hervor, dass sich die Aufsicht und Gesetzgebung des Bundes nicht auf *staatliche* (oder kommunale) Versicherungsanstalten erstrecken soll; sie bleiben dem kantonalen Verwaltungsrecht überlassen. Der Ausdruck «Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens» umfasst dagegen sowohl genossenschaftliche Unternehmungen (Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit) als Unternehmergesellschaften. Die lokale Ausdehnung oder ökonomische Bedeutung ist gleichgültig. Das Ausführungsgesetz vom 25. Juni 1885 betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiet des Versicherungswesens (A. S. VIII, 171) hat aber die Unternehmungen, die bloss lokal beschränkte Bedeutung haben, seinen Bestimmungen nicht unterstellt (Art. 1). — Der B. R. hat in einem Spezialfall vor Inkrafttreten des Ausführungsgesetzes entschieden, die Vorschrift des Art. 34, Abs. 2, sei unmittelbar ausführbar[3]); danach wären diese kleineren Unternehmungen trotzdem noch unter einer nicht näher normierten Aufsicht des Bundes. Diese Ansicht ist indessen mit der Tatsache kaum in Einklang zu bringen, dass die kantonalen Aufsichtsgesetze bis zum Erlass des Bundesgesetzes in Kraft geblieben sind.

Eine Versicherungsunternehmung im Sinne des Art. 34, Abs. 2, ist jede Unternehmung, die geschäftsmässig Versicherungsverträge im privatrechtlichen Sinne des Wortes abschliesst. Auf die Kontroverse, ob die Lebensversicherung und die Rückversicherung wirkliche Versicherungen seien, braucht nicht eingetreten zu werden, weil die B. V. den Begriff der Versicherung sicher so weit gefasst wissen wollte[4]).

Die Verfassung ermächtigte den Bund hier, wie bei den Auswanderungsagenturen, gewerbepolizeiliche Bestimmungen aufzustellen. Demgemäss enthält das Ausführungsgesetz vom 25. Juni 1885 (A. S. VIII, 171) keine privatrechtlichen Bestimmungen über den Versicherungsvertrag. Der Bund wäre auch nicht befugt, auf Grund von Art. 34 Versicherungsanstalten zu errichten oder zu unterstützen[5]). Die polizeiliche Beauf-

---

[1]) *Salis*, 1. Aufl., Nr. 1539, 1539 *a*.

[2]) Vgl. *v. Waldkirch*, Die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen in der Schweiz; Zürich 1892. *Bodenheimer*, Zur Gesetzgebung über das Versicherungswesen; Bern 1879. *Stüssi*, Der Bund und das Versicherungswesen; Zürich 1892.

[3]) B. Bl. 1879, II, 202, 756; 1880, II, 120, 213. *Salis*, 1. Aufl., IV, Nr. 1562.

[4]) Die Begriffsbestimmung von *Waldkirch*, Die Staatsaufsicht über die privaten Versicherungsunternehmungen, Zürich 1892, S. 30—31, ist juristisch ganz unbestimmt. Wenn der B. R. davon absah, die gewöhnlich von Bankgeschäften besorgte Versicherung von Wertpapieren gegen die Nachteile der Auslosung unter die Aufsicht des Versicherungsamtes zu stellen, so geschah es aus Zweckmässigkeitsgründen, nicht mangels verfassungsrechtlicher Kompetenz. B. Bl. 1891, II. 326; vgl. *Waldkirch*, a. a. O., 32 f.

[5]) Die gewerbepolizeiliche Aufsicht des Bundes beschränkt sich natürlich auf das schweizerische Gebiet; Gesellschaften, die in der Schweiz weder Niederlassung noch Agenturen haben und nur auf dem Wege der Korrespondenz Geschäfte machen, wie Rückversicherungsunternehmungen, entgehen der Kontrolle des Bundes. Sie ist auf dem Gebiete der Rückversicherung auch nicht notwendig, da die Rückversicherten nicht unerfahrene Laien, sondern selber Versicherungsgesellschaften sind. *Waldkirch*, a. a. O., 336.

sichtigung des Versicherungsgewerbes berührt sich mit dem kantonalen Verwaltungsrecht auf dem Gebiet der Feuerversicherung; hier fordert nicht nur das Interesse des Versicherten an der Vertragserfüllung die obrigkeitliche Kontrolle, sondern das Interesse der Gesellschaft an der Feuersicherheit. Die Aufsicht des Bundes bezweckt aber nach B. V. bloss das erstere; das Gesetz, Art. 1, Abs. 3, hat es daher mit Recht den Kantonen überlassen, polizeiliche Vorschriften über die Feuerversicherung zu erlassen [1]. Die Übertretung solcher Vorschriften durch die Versicherungsgesellschaft kann mit Polizeistrafen geahndet werden; sollte nicht konsequenterweise der Kanton auch den renitenten Gesellschaften den Geschäftsbetrieb untersagen können? Der B. R. hat die Frage anders entschieden anlässlich eines andern Falles [2]. Dagegen hört m. E. hier, wie auf dem Gebiete der Auswanderungsagenturen, die Kompetenz des Bundes an der Grenze der kantonalen Steuerhoheit auf; das Gesetz überschreitet diese Grenze, wenn es in Art. 15 den Kantonen nicht nur verbietet, von den Versicherungsgesellschaften Kautionen, sondern auch besondere Taxen (mit Ausnahme von mässigen Beiträgen zu Zwecken der Feuerpolizei und des Feuerlöschwesens, Art. 1, Abs. 3) zu verlangen, so berechtigt die Bestimmung an sich gewesen sein mag. Art. 34, Abs. 2, ist zum Schutze der Versicherten und der Auswanderer, wie Abs. 1 zum Schutze der Arbeiter geschaffen worden; ob damit auch die Absicht verbunden wurde, die lästigen kantonalen besondern Abgaben zu beseitigen, ist den Verhandlungsprotokollen nicht zu entnehmen und ist jedenfalls nicht zum Ausdruck gelangt [3].

D. Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Art. 34 B. V. keine Ausnahme vom Grundsatz der Gewerbefreiheit statuiert, wie er bei Art. 31 bestimmt wurde. Art. 34 überträgt lediglich auf den Bund eine Kompetenz, die sonst gemäss Art. 31 ohne weiteres den Kantonen gehört hätte. Es ist daher unrichtig, dass die unter Art. 34 fallenden Gewerbe der Gewerbefreiheit nicht mehr teilhaftig seien; die B. V. wollte es nur ermöglichen, dass sie den durch ihre Eigenart erforderten strengen polizeilichen Einschränkungen unterworfen werden, und die Ausführungsgesetze haben nicht mehr getan.

Art. 34 bis.

Der Bund wird auf dem Wege der Gesetzgebung die Kranken- und Unfallversicherung einrichten, unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen.

Er kann den Beitritt allgemein oder für einzelne Bevölkerungsklassen obligatorisch erklären.

---

[1] B. R. B. 19. Juli 1887, B. Bl. 1887, III, 705; 20. Januar 1888 i. S. Versicherungsgesellschaft Gotha, B. Bl. 1888, I, 195; *Salis,* 1. Aufl., IV, Nr. 1569. B. Ger. 22. März 1890 i. S. Helvetia, XVI, 54. A. A. *Waldkirch,* 132 ff.

[2] B. R. B. 20. Januar 1888 i. S. Schweiz. Rentenanstalt Zürich, B. Bl. 1888, I, 193; *Salis,* a. a. O., Nr. 1566.

[3] Vgl. den zitierten B. R. B. 20. Januar 1888. *Salis,* a. a. O., Nr. 1566, betr. Erhebung einer Erbschaftssteuer auf den Versicherungssummen auf den Todesfall, mit einer das Berufsgeheimnis verletzenden Anzeigepflicht.

I. Geschichte[1].

Mit der gleichen Motion *(Klein)*, welche die Ausdehnung des Haftpflichtgesetzes vom 25. Juni 1881 anregte, wurde der B. R. den 25. März 1885 eingeladen, darüber Bericht zu erstatten, ob nicht eine allgemeine obligatorische Arbeiterunfallversicherung anzustreben sei; und gleich nach Annahme des Gesetzes über die Ausdehnung der Haftpflicht vom 26. April 1887 wurde der B. R. durch Postulat vom 29. April gl. J. aufgefordert, beförderlichst Bericht und Antrag betr. die Einführung der allgemeinen, obligatorischen, staatlichen Unfallversicherung der Arbeiter den Räten zu unterbreiten[2]. In der Tat waren es die Unzulänglichkeit der Haftpflichtgesetzgebung und die im System der Haftpflicht selbst liegenden Mängel, welche die staatliche Unfall- und Krankenversicherung wünschenswert erscheinen liessen. Der B. R. hob in seiner Botschaft vom 28. Nov. 1889 (B. Bl. 1889, IV, 825), betr. Einführung eines Art. 34 bis in die B. V., als Mängel der Haftpflichtgesetze hervor, dass sie nicht alle Arbeitgeber und Arbeiter umfasse, kleine Arbeitgeber aber, die sie betreffe, infolge eines einzigen Haftpflichtfalles dem wirtschaftlichen Ruin aussetze[3]; dass der Arbeiter nicht sicher sei, seine Entschädigung zu erhalten, und die Geltendmachung seiner Ansprüche fortwährend zu Prozessen und zu Uneinigkeiten mit dem Arbeitgeber führe. Der B. R. beantragte deshalb; folgende Bestimmung in die B. V. aufzunehmen:

Art. 34 bis. « Der Bund ist befugt, im Wege der Gesetzgebung die obligatorische Unfallversicherung einzurichten. — Er ist im weiteren befugt, über die Krankenversicherung gesetzliche Bestimmungen zu treffen und für sämtliche Lohnarbeiter den Beitritt zu einem Krankenkassenverband verbindlich zu erklären. »

Die vorgeschlagene Fassung lasse der Gesetzgebung weiten Spielraum, sei aber deutlich genug: « Unfall- und Krankenversicherung sind so bestimmt umgrenzte und bekannte Begriffe geworden, dass man über ihr Wesen nicht im Zweifel, sondern nur über die Art ihrer Verwirklichung verschiedener Meinung sein kann » (B. Bl. 1889, IV, 838). Die Krankenversicherung werde ebenfalls in die Bestimmung aufgenommen, weil sie mit der Unfallversicherung eng zusammenhänge und die gleiche innere Berechtigung habe wie diese. Mit der vorgeschlagenen Redaktion solle es ermöglicht werden, nichtstaatliche, aber unter staatlicher Aufsicht und Gesetzgebung stehende Versicherungskassen bestehen zu lassen, was vielleicht für die Krankenversicherung vorzuziehen wäre; es sei deshalb vermieden worden, von *staatlicher* Versicherung zu sprechen.

Die N.R.K., der sich die Mitglieder der ständerätlichen mit beratender Stimme anschlossen, beriet über den b. r. Antrag vom 10. bis zum 12. März 1889 (B. Bl. 1890, II, Beilage zu Nr. 23). Sie nahm davon Umgang, wie es *Curti* vorschlug, durch die Revision der Art. 31 und 39 dem Bund

---

[1] Vgl. den Bericht der N. R. K. vom 11. Okt. 1886, B. Bl. 1886, III, 147, und der St. R. K. vom 13. April 1887, B. Bl. 1887, III, 299, über den Entwurf zum Gesetz vom 26. April 1887, betr. Ausdehnung der Haftpflicht. *Schollenberger*, Kommentar, 302.

[2] *Forrer*, „Arbeiterversicherung" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 168.

[3] Seither hat sich die Haftpflichtversicherung so entwickelt, dass es jedem Unternehmer zugemutet werden darf, sich zu versichern. Vgl. die Verhandlungen des Schweiz. Juristenvereins 1901, Zeitschr. für schweiz. Recht, Bd. 42. N. F. XX, S. 499 ff., 607 ff., besonders S. 528 ff., 627 ff.

die Befugnis zur Einführung neuer Monopole zu erteilen und ihm die zur Verwirklichung der staatlichen Versicherung notwendigen Geldmittel zu sichern und durch Ausdehnung der Verfassungsinitiative des Volkes ein politisches Gegengewicht gegen die Vermehrung der Bureaukratie zu schaffen. Dagegen wollte sie den Bund nicht nur berechtigen, sondern verpflichten zur Errichtung sowohl der staatlichen Krankenversicherung, als der Unfallversicherung, und ihm das Recht vorbehalten, gelegentlich auch andere Personenversicherungsanstalten, z. B. gegen Alter und Invalidität, zu errichten. Die Komm. gab mit Mehrheit dem beantragten Art. 34[bis] folgende Gestalt: «Der Bund wird auf dem Wege der Gesetzgebung die Kranken- und Unfallversicherung einrichten, unter Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen. — Er kann auch andere Arten der Personenversicherung auf dem Wege der Gesetzgebung einrichten. — Er kann den Beitritt allgemein oder für einzelne Bevölkerungsklassen obligatorisch erklären.» Die Komm. einigte sich dann mit dem B. R. auf letztere Fassung unter Weglassung des 2. Abs.

Im N. R. stellte *Cramer-Frey* den Antrag: «Der Bund ist befugt, auf dem Wege der Gesetzgebung über die Kranken- und Unfallversicherung, sowie über anderweitige Arten von Personalversicherungen die nötigen Bestimmungen zu treffen und, soweit erforderlich, solche Versicherungen einzurichten», womit der Gesetzgeber u. a. nicht an die vielleicht unmögliche Berücksichtigung der bestehenden Krankenkassen gebunden sei. Der N. R. beschloss aber nach dem Antrage der Komm., und der St. R. stimmte ihm bei[1]).

Der neue Verfassungsartikel wurde am 26. Okt. 1890 der Volksabstimmung unterbreitet und mit 283,228 gegen 92,200 Stimmen und 18⁵/₂ gegen 1¹/₂ Standesstimmen angenommen (B. Bl. 1890, IV, 1127).

II. Auslegung.

1. Die Verfassung beschränkt die Kompetenz des Bundes ausdrücklich auf die *Unfall- und Krankenversicherung;* es fragt sich daher zunächst, was darunter zu verstehen sei. Der Begriff der Unfall- und Krankenversicherung bedarf namentlich der Abgrenzung gegenüber demjenigen der Alters- und Invaliditätsversicherung, die der Bund nicht berechtigt wäre zu errichten. Ist die Erwerbsunfähigkeit eine blosse Folge der physiologischen Schwächung des Körpers durch das Alter, so ist klar, dass weder von Unfall noch von Krankheit die Rede sein kann. Zweifelhaft ist es aber, wenn die Invalidität unmittelbar die Folge einer anatomischen Änderung wie Missbildung, Verstümmelung, ohne pathologischen Prozess, ist, mittelbar aber die Folge eines Unfalles oder einer Krankheit.

Da die Unfallversicherung beabsichtigtermassen die bisherige Unfallshaftpflicht ersetzen sollte, darf mit Sicherheit angenommen werden, dass sie wenigstens den gleichen Schaden decken sollte wie diese, also auch die dauernde Erwerbsunfähigkeit infolge eines Unfalles. Fraglicher ist es bei der Versicherung gegen Krankheit; m. E. wollte die Verfassung unter Krankheit nicht dauernde Gebrechen infolge einer Krankheit, son-

[1]) Prot. des N. R. vom 3. und 4. Juni 1890. St. R. 13. Juni 1890.

dern nur die Krankheit selbst verstanden wissen[1]. Als Krankheit im Sinne der B. V. darf aber auch ein aussergewöhnlicher physiologischer, wenn auch normaler Vorgang wie die Schwangerschaft und die Entbindung betrachtet werden. — Es hat daher auch die Unterscheidung zwischen Unfall und Krankheit praktische Bedeutung: als Unfall ist wohl, in Übereinstimmung mit der Definition des B. Ger. auf Grund der Haftpflichtgesetze, die äusserliche, auf ein bestimmtes Ereignis zurückführbare Einwirkung auf den Körper zu bezeichnen[2].

Der vom Volk am 20. Mai 1900 verworfene Gesetzesentwurf betr. die Kranken- und Unfallversicherung definierte die Krankheit und den Unfall nicht[3].

2. Die theoretische Frage, ob die staatliche *Versicherung* eine wirkliche Versicherung oder eine blosse Form der staatlichen Fürsorge, wie die Armenunterstützung, sei, ist hier nicht zu erörtern[4]; sie hätte nur dann praktisches Interesse, wenn dem Bunde die Kompetenz der Arbeiterversicherung im Gegensatz zur Unterstützung kranker und verunglückter Arbeiter gegeben worden wäre. Dies ist aber nicht anzunehmen; unter staatlicher Versicherung versteht man, im Gegensatz zu einfacher Unterstützung, eine Fürsorgeanstalt, deren Kosten nicht allein vom Staate, sondern z. T. auch von den interessierten Privatpersonen getragen werden, und zwar derart, dass die Beiträge der Privatpersonen in etwelchem Verhältnisse stehen zu dem von ihnen repräsentierten Risiko. Wäre der Bund verfassungsrechtlich befugt, diese der Privatversicherung verwandten Elemente auszumerzen und eine reine Unterstützungsanstalt zu gründen, auf alleinige Kosten des Staates? Diese Frage wurde in den Debatten der Verfassungsrevision gar nicht aufgeworfen, weil sie als gänzlich unpraktisch erschien, da es dem Bund schwer genug fallen werde, den unentbehrlichen Beitrag an die Kosten des Werkes zu leisten[5]. Grundsätzlich darf die Verfassungsbestimmung dahin ausgelegt werden, dass der Ausdruck Versicherung nicht sowohl die Beschränkung der Kompetenz des Bundes auf eine Art der staatlichen Fürsorge betonen wollte, als vielmehr das Recht, die Beteiligten selbst zu den Kosten der Anstalt herbeizuziehen. Woraus folgt, dass keine Verfassungswidrigkeit darin läge, wenn der Bund alle Ausgaben der Versicherung aus eigenen Mitteln zu bestreiten unternähme, bei beiden oder bei einer der beiden Versicherungsarten, wie es in dem von *Greulich* dem Industriedepartemente am 17. Mai 1893 vorgelegten Entwurf einer allgemeinen unentgeltlichen Krankenpflege und in dem ähnlichen, ungenügend unterstützten Initiativvorschlag des schweiz. Arbeiterbundes vom Nov. 1893 enthalten

---

[1] Vgl. über den Begriff der Krankheit nach österreichischem Recht: *Menzel*, Die Arbeiterversicherung nach österreichischem Recht, Leipzig 1893, 178 ff. Nach deutschem Recht: *Rosin*, Das Recht der Arbeiterversicherung, 1893, S. 295.

[2] B. Ger. 18. Mai 1898 i. S. Saignelégier-Chaux-de-Fonds, XXIV, II, 321. Vgl. *Soldan*, 2. Aufl., S. 30.

[3] Art. 237. „Jede . . . . . versicherungspflichtige Person wird bei der Anstalt gegen die wirtschaftlichen Folgen von körperlichen Unfällen versichert , ...“

[4] Vgl. *Rosin*, Recht der Arbeiterversicherung, 255, 418. *Menzel*, Die Arbeiterversicherung nach öst. R., 183; Grünhuts Zeitschrift, XVIII, 311. *Koehne*, Charakter und systemat. Stellung des Arbeiterversicherungsrechts; Goldschmidts Zeitschrift, 37, S. 76. *Rehm*, Archiv für öff. Recht, V, 529. *Piloty*, Das Reichsunfallversicherungsrecht, S. 490.

[5] Es besteht zu diesem Zweck seit 1897 ein Versicherungsfonds, der Ende 1903 auf Fr. 11,902,943 angestiegen war.

war [1]. Eines aber fordert m. E. Art. 34bis, zum Unterschiede blosser Unterstützung: dass nämlich die Versicherungsanstalt den Versicherten, abgesehen vom positiven Schaden, wie ärztliche Pflege, Beerdigungskosten u. a. m., Ersatz leiste für den entgangenen Gewinn, dass sie ihre Leistungen also nicht nach dem Bedürfnisse des Versicherten, sondern nach seinem bisherigen Verdienste bemesse; alles andere ist Armenunterstützung. Wer nicht verdient, soll daher nicht vom Bunde «versichert», sondern von seinem Kantone unterstützt werden.

3. Als der neue Verfassungsartikel in der B.Vers. beraten wurde, kam man zur Einsicht, dass er vom Volke niemals angenommen würde, wenn er nicht den namentlich in der Westschweiz weitverzweigten *freien Krankenkassen* ihre weitere Existenz garantiere; es wurde deshalb der sehr unbestimmte Vorbehalt zu gunsten der bestehenden Krankenkassen aufgenommen. Bei der Ausführung zeigten sich die Schwierigkeiten: nach dem Vorentwurf des Industriedepartements wurden die bestehenden Krankenkassen dem Aufsichtsgesetze von 1885 unterstellt; wenn sie den Versicherten das Gleiche leisteten wie die staatliche Anstalt, konnten sich die Versicherungspflichtigen auch bei einer solchen Kasse versichern. Der Entwurf des B. R. vom 21. Januar 1896 (Art. 176—184) berechtigte sie zu den gleichen Beiträgen seitens des Bundes und der Arbeitgeber wie die öffentlichen Kassen, unter der Bedingung gleicher Leistungen wie diese an die Versicherten (eingeschriebene Kassen); diejenigen freien Kassen, welche weniger leisteten, konnten die öffentlichen Kassen in der Versicherung Versicherungspflichtiger nicht ersetzen, hatten aber trotzdem Anspruch auf den Bundesbeitrag, wenn sie in bezug auf Quantität und Dauer, nicht aber in bezug auf Qualität, die gleichen Leistungen machten, wie die öffentlichen Kassen ihren *freiwillig* Versicherten (nicht eingeschriebene Kassen). — In ähnlicher Weise unterschied das vom Volk verworfene Gesetz (Art. 188—205) zwischen nicht eingeschriebenen und eingeschriebenen freien Kassen. Die Versicherungspflichtigen konnten ihrer Pflicht durch Eintritt in eine eingeschriebene freie Kasse nachkommen; je nachdem die eingeschriebenen Kassen ihren versicherungspflichtigen Mitgliedern die gleichen Leistungen gewährten wie die öffentlichen Kassen oder nur ein geringeres Mass, hatten sie gegenüber dem Arbeitgeber, und subsidiär gegenüber dem Versicherungskreise und dem Kanton, Anspruch auf die gleichen Beiträge wie die öffentlichen Kassen, oder nicht. Die Bestimmung des bundesrätlichen Entwurfes vom 21. Januar 1896, dass eine Privatkasse aufgehoben werden könne, wenn sie eine öffentliche Kasse in ihrer Existenz gefährde, wurde auf Antrag der N. R. K. gestrichen.

Im Grunde vertreten die staatlichen und die freiwilligen Kassen zwei miteinander unvereinbare Prinzipien: sie müssen sich Konkurrenz machen und durch die Konkurrenz schaden. Kann die freiwillige Kasse vom Staat und Arbeitgeber die gleichen Beiträge beanspruchen (auch nur bei gleichen Leistungen an die Versicherten) wie die öffentliche, so

---

[1] Am 13. April 1904 interpellierten *Greulich* und Mitunterzeichner den B. R. darüber, welche Stellung er einnehme, bezw. welche Untersuchungen er vorzunehmen gedenke infolge der Eingabe der Delegiertenversammlung der schweiz. Krankenkassen vom 30. Nov. 1902, insbesondere zu dem Begehren einer Bundessubvention an die Kantone unter Freigabe der Verwendung für die Krankengeldversicherung, oder für die unentgeltliche Arznung, oder für beide zugleich. St. B. XIV, 195, 199, 210.

ist sie dieser überlegen, weil sie ihre Risiken auswählen kann; zwingt man sie aber, alle Versicherungspflichtigen, die es verlangen, aufzunehmen, so ist sie keine freie Kasse mehr, und beschränkt man sie auf die Beiträge ihrer Mitglieder, so opfert man sie den öffentlichen Kassen, die sich mit geringern Beiträgen der Versicherten begnügen können [1]).

Man war allseitig darüber einverstanden, dass der Vorbehalt der Verfassung nur den *auf Gegenseitigkeit beruhenden* Versicherungskassen gelte. — Unter *bestehenden* Krankenkassen sind m. E. diejenigen zu verstehen, die bei Inkrafttreten des Ausführungsgesetzes bestehen, nicht diejenigen, die bei Inkrafttreten des Verfassungsartikels bestanden haben [2]).

4. Abs. 2 des Art. 34 bis spricht zunächst den Grundsatz aus, dass der Beitritt zur staatlichen Versicherungsanstalt *obligatorisch* gemacht werden kann, eine Beschränkung der individuellen Freiheit der Versicherten und, wenigstens tatsächlich, der Gewerbefreiheit der privaten Versicherungsunternehmungen. — Der Beitritt kann für alle oder nur für einzelne Bevölkerungsklassen obligatorisch erklärt werden; das erste im Gegensatz zum Ausgangspunkt der Revisionsbewegung, die lediglich die Haftpflichtgesetzgebung durch die staatliche Versicherung ersetzen wollte, das zweite, um die Zulässigkeit der Versicherung bloss einzelner Bevölkerungsklassen trotz Art. 4 B. V. ausser Frage zu stellen.

Art. 35.

Die Errichtung von Spielbanken ist untersagt. Die zur Zeit bestehenden Spielhäuser müssen am 31. Christmonat 1877 geschlossen werden.

Allfällig seit dem Anfange des Jahres 1871 erteilte oder erneuerte Konzessionen werden als ungültig erklärt.

Der Bund kann auch in Beziehung auf die Lotterien geeignete Massnahmen treffen.

I. Geschichte [3]).

Zu vorstehender Bestimmung gab die Spielbank der Bäder von Saxon Anlass, der am 20. Januar 1847 von der Gemeinde Saxon auf 30 Jahre eine Konzession erteilt und von der Walliser Regierung am 11. Januar genehmigt worden war (Prot. der eidg. Räte 1873/74, S. 55). Mehrere Petitionen um Aufhebung der Spielbank musste die B. Vers.

---

[1]) Vgl. das stenograph. Bulletin der Verhandlungen der Expertenkommission vom 15.—20. Mai und 2.—14. Okt. 1893, S. 17, 18; 548 ff. Prot. der N. R. K. 1896/97, S. 78 ff., 304 ff. St. B. der B. Vers. VII, 130 ff.

[2]) A. M. der B. R. in seiner Botschaft vom 21. Januar 1896, Nr. 39.

[3]) *Blumer-Morel*, II, 208. *G. Farner*, Das Rösslispiel der Kursäle und der Art. 35 der B. V.; Schweiz. Zeitschrift für Gemeinnützigkeit, XLIII, 27.

mangels Kompetenz unberücksichtigt lassen (B. Bl. 1871, I, 5; 1870, III, 934). — Der Bund konnte ebensowenig gegen die in Uri, Schwyz und Zug staatlich konzessionierten Lotterien einschreiten; während mehreren Jahren fanden Verhandlungen zwischen allen Kantonen ausser Zug über ein Konkordat betr. das Verbot von Lotterien und Glücksspielen statt; sie führten aber bis 1874 zu keinem Resultat (B. Bl. 1865, II, 145, 704; 1866, I, 423). Bei der Verfassungsrevision von 1865 beantragte die St. R. K., den Bund zu ermächtigen, «gegen den gewerbsmässigen Betrieb von Lotterie- und Hazardspielen auf dem Gebiete der Eidgenossenschaft die erforderlichen Massregeln zu ergreifen». Die B. Vers. gab dem Antrag folgende Fassung: «Dem Bunde steht das Recht zu, gesetzliche Bestimmungen gegen den gewerbsmässigen Betrieb von Lotterie- und Hazardspielen auf dem Gebiete der Eidgenossenschaft zu erlassen.» Der Artikel wurde aber mit den meisten anderen Revisionspunkten in der Abstimmung vom 14. Januar 1866 mit 176,788 gegen 139,062 Stimmen und 12½ gegen 9½ Standestimmen verworfen (B. Bl. 1866, I, 121).

In *der 1870* zur Beratung der Verfassungsrevision bestellten N. R. K. stellte *Stämpfli* den Antrag: «Die Errichtung von Spielhäusern im Gebiete der Eidgenossenschaft ist verboten. — Bereits bestehende sind binnen einer von der Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Frist zu schliessen»; er begründete ihn mit der wahrscheinlichen Aufhebung der Spielbanken in Süddeutschland und mit der damit verbundenen Gefährdung der Schweiz. Der Norddeutsche Bund hatte nämlich schon durch Gesetz vom 1. Juli 1868 die Schliessung sämtlicher konzessionierten Spielbanken auf den 31. Dez. 1872 angeordnet. Die Komm. beschloss folgenden Wortlaut: «Die Errichtung von Spielbanken ist untersagt. — Die für bereits bestehende erteilten Konzessionen dürfen nach Ablauf der Frist, für welche sie gewährt worden sind, nicht erneuert werden [1].» Die St. R. K. stimmte dieser Fassung zu [2]. Auf das Gerücht hin, dass noch andere Walliser Gemeinden als Saxon noch in jüngster Zeit Spielkonzessionen erteilt haben, nahm der N. R. auf Antrag *Pictet de la Rive* und *Escher* den heutigen 2. Absatz mit Ausnahme der Worte «oder erneuerte», und auf Antrag *Carterets* den 3. Absatz auf. Der St. R. wich vom N. R. nur darin ab, dass er die bestehenden Spielhäuser nur noch 5 Jahre nach Annahme der neuen B. V. bestehen liess; der N. R. trat ihm bei [3].

In seiner Botschaft vom 4. Juli 1873 beantragte der B. R., die bestehenden Spielhäuser auf den 31. Dez. 1876 schliessen zu lassen, welches Datum dem Ablauf der den Bädern von Saxon, der einzigen Spielbank in der Schweiz, erteilten Konzession entspreche; auch fügte er im 2. Absatz die Worte «oder erneuerte» bei. Jene Frist war allein noch Gegenstand der Diskussion in den Räten; sie wurde schliesslich nach dem Beschluss des St. R. auf den 31. Dez. 1877 angesetzt [4].

II. Auslegung.

1. *Spielbanken* sind ständige Einrichtungen, welche öffentlich Gelegenheit bieten, um Geld zu spielen. — Es sind positive Veranstaltungen, die sich aber nicht notwendig äusserlich als solche darzustellen brauchen;

[1]) Prot. der N. R. K. 1870—71, S. 37, 179, 204, 216.
[2]) Prot. der St. R. K. 1871—72, S. 27, 38.
[3]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 117, 544. Prot. des St. R. vom 22. Januar 1872.
[4]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 55, 324, 237.

der Wirt, der in seinen Räumlichkeiten unerlaubtes Spiel seiner Gäste duldet, hält keine Spielbank. Die Veranstaltung darf nicht nur für zum voraus bestimmte Personen getroffen werden, sondern für jeden oder wenigstens für eine ganze Klasse von Personen. Wer einer geschlossenen Gesellschaft Räumlichkeiten vermietet, damit die Mitglieder unter sich spielen können, betreibt so wenig ein Spielhaus wie diese Gesellschaft selbst; vorausgesetzt aber, dass die Gesellschaft wirklich eine geschlossene sei und nicht jeden aufnehme, der spielen will. Anderseits aber ist die Anstalt nicht weniger eine öffentliche, weil sie gewissen Personenklassen, wie Minderjährigen, Unvermöglichen, sogar allen Einheimischen den Zutritt verweigert, oder auch wenn sich der Spielhalter vorbehält, nach Belieben jeden auszuschliessen. Auch deshalb ist das Wirtshausspiel nicht der B. V. zuwider, weil nicht jedem Besucher Gelegenheit geboten ist, zu spielen: er muss sich selbst seine Partner suchen. — M. E. ist in Art. 35 B. V. nur das Spielen um Geld gemeint; wenn ein Wirt Samstag abends für seine Gäste ein Lotto mit Gewinnsten in natura veranstaltet, so setzt er sich mit der B. V. nicht in Widerspruch. Und endlich muss es sich um Glückspiel handeln, d. h. um Gewinn oder Verlust aus Zufall; spielt die Geschicklichkeit oder die Überlegung eine Rolle dabei, so ist eine allgemeine Beteiligung des Publikums und daher auch der Spielhauscharakter ausgeschlossen.

Es ist dagegen gleichgültig, ob der Spielhalter gegen das Publikum spiele, oder ob er an der Gewinnchance unbeteiligt sei, oder überhaupt keinen Gewinn damit erziele; denn das Spielbankverbot wurde nicht wegen der Unsittlichkeit des Verhältnisses zwischen Spielhalter und Spielern aufgestellt, sondern der ökonomischen und moralischen Gefahren halber, die das Spiel als solches für die Spieler birgt; daher ist es auch unerheblich, ob der Gewinn zur persönlichen Bereicherung eines Bankiers diene oder gemeinnützigen Zwecken. — Es ist ferner gleichgültig, ob der Einsatz und die möglichen Verluste der Spieler hoch oder niedrig seien; wenn man in Art. 35 B. V. nicht nur die Entscheidung eines Einzelfalles, sondern den Ausdruck eines Prinzips erblicken will, wie es dem Beruf des Gesetzgebers entspricht, und wenn man dieses Prinzip zu formulieren sucht, so kommt man beinahe notwendig zum erwähnten Schluss. Die Grösse der möglichen Verluste macht die Art des Spieles nicht aus, sie macht das Spiel nur weniger gefährlich; wenn in Art. 35 ein bestimmter, unmittelbar ausführbarer Imperativ gefunden werden soll, so darf nicht auf einen Gradunterschied abgestellt werden, für dessen Bestimmung im Verfassungstext schlechthin kein Anhaltspunkt zu finden ist. Wenn die Verfassung solche Distinktionen gewollt hätte, hätte sie die Formulierung des Verbotes dem Gesetzgeber überlassen, wie sie es für die Lotterie getan [1]).

Die Frage, was als Spielbank i. S. des Art. 35 zu betrachten sei, wurde praktisch anlässlich der Glücksspiele, die in den Kursälen verschiedener Fremdenorte geübt wurden. Der B. R. erklärte durch Beschluss vom 19. Sept. 1896 (B. Bl. 1897, I, 391) das in Genf praktizierte «jeu des petits chevaux» nach dem Systeme «au tableau» als verfassungswidrig; Art. 35 B. V. verpöne den gewerbsmässigen Betrieb der Glücksspiele; hier bestehe unzweifelhaft eine Spielbank, da der Pächter des

---

[1]) *Schollenberger*, Kommentar, 307.

Kursaales gewerbsmässig gegen das Publikum spiele und sich, bei nicht unerheblichen Spieleinsätzen, solche Gewinnchancen vorbehalten habe, dass der Betrieb des Spieles für ihn zu einem ertragreichen Geschäfte werde. (Ähnlich: *Salis*, IV, Nr. 2089.) — Die Entscheidung ist richtig, aber die Begründung nicht: die Gewerbsmässigkeit des Betriebes und die Gewinnchancen des Spielhalters kommen m. E. nicht in Betracht, weil das Spiel als solches, auch ohne irgend welche Beteiligung des Spielhalters, für die Spieler verderblich ist. Während in diesem Entscheid von der Höhe der Einsätze nicht die Rede war, hat der B. R. i. J. 1897 das gleiche Rösslispiel mit mässigen Einsätzen als zulässig erklärt (B. Bl. 1898, I, 86, 456; 1899, I, 383; 1903, I, 551. *Salis*, IV, Nr. 2090, Ziff. 9)[1]. Wir halten diese Ansicht aus den angeführten Gründen für unrichtig; sie wurde aber durch die B. Vers. bestätigt, indem ein von N. R. *Rossel* u. G. gestelltes, gegen diese Praxis gerichtetes Postulat vom N. R. am 20. März 1900 abgelehnt wurde[2].

Da Art. 35 ein polizeiliches Verbot ist, das keiner weiteren Ausführung durch Gesetze bedarf, hat der B. R. von Amtes wegen seine Beobachtung zu überwachen.

2. Über *Lotterien* enthält Art. 35 in Abs. 3 lediglich eine Kompetenznorm: der Bund ist befugt, geeignete Massnahmen zu treffen; einen Rechtssatz über Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der Lotterien enthält die Bestimmung nicht.

Lotterie ist ein planmässig angelegtes Geschäft zwischen einem Unternehmer und einer Mehrzahl von Abnehmern, wodurch jener diesen gegen eine feste Leistung eine durch das Los zu bestimmende Gegenleistung in Geld oder Geldeswert verspricht[3]. Die Lotterie unterscheidet sich von andern aleatorischen und planmässig angelegten Geschäften, wie die Versicherungsgeschäfte, dadurch, dass der ungewisse Umstand, der über die Gegenleistung des Unternehmers entscheidet, mit dem Interesse der Gegenpartei an dieser Gegenleistung in keinem vernünftigen Zusammenhang steht; dass der Abnehmer eines Lotterieloses sich eine ökonomische Unsicherheit schafft, während der Versicherungsnehmer eine für ihn oder andere bestehende Unsicherheit aufhebt. Unerheblich ist es m. E., ob das Los über Leistung oder Nichtleistung des Unternehmers entscheide oder nur über die Höhe seiner Leistung. Der Bund ist daher auch kompetent, über die Prämienlosanleihen Massregeln zu treffen, wenn er es für notwendig erachtet. Der allgemeine Wortlaut der Verfassungsbestimmung gestattet auch nicht, die Kompetenz des Bundes auf öffentliche, d. h. nicht auf einen Kreis individuell bestimmter Personen beschränkte Lotterien zu begrenzen. Und endlich bezieht sich das Verbot sowohl auf Lotterien, die in der Schweiz veranstaltet werden, wie auf den Vertrieb fremder Lose in der Schweiz.

Da Art. 35, Abs. 3, keine materiellrechtliche Norm über die Lotterien aufstellt, kann er auch nicht ohne weiteres durch den B. R. voll-

---

[1]) Das Spiel bestand darin, dass der Spieler entweder auf eines der 9 Pferdchen setzte und das 8fache des Einsatzes erhielt, wenn seine Nummer herauskam, oder auf 4 von den 9 Nummern setzte und das Doppelte erhielt, wenn eine der 4 Nummern herauskam; der B. R. gestattete zuerst einen Maximaleinsatz von Fr. 2 bei der ersten und Fr. 4 bei der zweiten Spielart; später einen Maximaleinsatz von Fr. 5 im ganzen. *Salis*, IV Nr. 2090 a. E.

[2]) *Salis*, IV, Nr. 2091. *Hilty*, Politisches Jahrbuch, XVII, 622.

[3]) *Stengel*, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechtes, II, S. 55. *Georg Meyer*, Deutsches Verwaltungsrecht, II, 192.

zogen werden; denn allgemein verbindliche Rechtssätze dürfen nur durch den Gesetzgeber in Form eines Gesetzes oder eines allgemein verbindlichen B. B. erlassen werden (vgl. Art. *85*)[1]. Bis jetzt hat der Bundesgesetzgeber nur die eine Vorschrift erlassen, dass die Post nicht verpflichtet ist, offene Sendungen von Lotterieanzeigen aller Art zu befördern, sofern letztere nicht Verlosungen betreffen, welche von einer kompetenten schweizerischen Behörde bewilligt sind (Art. 12 des Postregalgesetzes vom 5. April 1894; A. S. XIV, 390). — Die Nichtbeförderung geschlossener, äusserlich nicht erkennbarer Sendungen gleicher Art zu verweigern, verbot des Postgeheimnis (Art. *36*)[2].

Art. 36.

Das Post- und Telegraphenwesen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist Bundessache.

Der Ertrag der Post- und Telegraphenverwaltung fällt in die eidgenössische Kasse.

Die Tarife werden im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft nach den gleichen, möglichst billigen Grundsätzen bestimmt.

Die Unverletzlichkeit des Post- und Telegraphengeheimnisses ist gewährleistet.

I. Geschichte[3].

Das Postwesen, das in der alten Eidgenossenschaft bald als Regal vom Staat verpachtet wurde, bald ein Vorrecht einzelner Geschlechter, bald ein durch den Handelsstand betriebenes Privatgewerbe war, wurde unter der *Helvetik* zum Staatsregal gemacht und in Regie betrieben, mit Ausnahme der Postpacht der Familie Fischer (Gesetz vom 18. Wintermonat 1798).

Nachdem die Tagsatzung am 11. Heumonat 1803 grundsätzlich beschlossen hatte, das Postregal könne gemäss der *Mediationsakte* nicht anders als durch die Kantone ausgeübt werden, führte sie durch Beschluss vom 2. August diesen Grundsatz aus, indem sie die helvetische Postverwaltung auflöste und das Postwesen als Regal und Eigentum der Kantone in ihrem ganzen Umfang erklärte. In den Kantonen Bern, Basel, Zürich, Schaffhausen und St. Gallen sollte die Postverwaltung einstweilen nach den bisherigen Arrondissements organisiert bleiben, mit der Befugnis jedes Kantòns, die Trennung zu verlangen, unter dem

[1] *Salis*, IV, Nr. 2092, 2093. Vgl. die Interpellation des B. R. im N. R. über die Freiburgerlotterie. St. B. II, 1893, S. 277—292; namentlich das Votum *Ruchonnets*, S. 289, das nicht in allen Teilen unanfechtbar ist.

[2] *Salis*, IV, Nr. 2095 ff. *Hilty*, Polit. Jahrbuch, XVI, 639.

[3] *Stäger*, Das schweizerische Postwesen zur Zeit der Helvetik, 2. Aufl., 1879. *Bavier*, Die Strassen der Schweiz, Zürich 1878. *Oetiker*, Das Bundesgesetz über das Postregal vom 5. April 1898, Zürcher Diss. 1901. *Blumer-Morel* (2. Aufl.), I, S. 536. *Schollenberger*, Kommentar, 308.

ausdrücklichen Vorbehalt aber, dass durch diese Trennung weder an den Postrouten noch Taxen irgend etwas zum Nachteil der andern Kantone geändert werde; zur Erzielung eines wo nicht überall, so doch annähernd gleichförmigen Posttarifs für die ganze Schweiz sollten von den neu aufzustellenden Postverwaltungen gutachtliche Vorschläge der nächstkünftigen Tagsatzung eingereicht werden; endlich garantierten sich die Kantone wechselseitig die Sicherheit des Postgeheimnisses. Die Vereinheitlichung der Posttarife kam jedoch bis zur Aufhebung der Mediationsakte nicht zu stande; die Tagsatzung begnügte sich damit, einige Anstände zwischen einzelnen Kantonen in Anwendung des Grundsatzes zu schlichten, dass weder die Posttaxen erhöht, noch die Postrouten zum Nachteil anderer Kantone verändert werden dürfen[1].

Unter dem *Vertrag von 1815* blieb das Postwesen Sache der Kantone; eine Mehrheit unter ihnen schloss am 9. Juli 1818 ein Konkordat, durch welches die beitretenden Stände das Postwesen als Regale und Eigentum der Kantone in ihrem Grenzumfang anerkannten, sich aber verpflichteten, in Hinsicht der Posttaxen die Angehörigen der andern Kantone gleich ihren eigenen nach billigen Grundsätzen zu behandeln, sich gegenseitig die Sicherheit des Postgeheimnisses garantierten und alle Postbureaux für den Wert des ihnen Anvertrauten verantwortlich erklärten unter Gewährleistung des betreffenden Kantons, jedoch mit Vorbehalt der Übermacht und Gottes Gewalt; bei Beschwerden über die Post sollte in jedem Kanton, dem Fremden wie dem Einheimischen, auf Vorlegung der Tatsachen unentgeltlich und summarisch Recht gehalten werden. — Am folgenden Tage vereinbarten die gleichen Stände, es solle bei dem früher angenommenen Grundsatz der Unzulässigkeit irgend einer Erhöhung der Posttaxen oder Veränderung der Postrouten, zum Nachteil anderer Kantone und ihrer Angehörigen, sein gänzliches Verbleiben haben. Und ferner: es sollen, zum Behufe einer Untersuchung und Revision der Posttaxen, in einer zu bestimmenden Zeit die früheren und die jetzt bestehenden Tarife der Tagsatzung vorgelegt werden; diese Zeit wurde am 6. Juli 1819 auf die Tagsatzung des J. 1820 festgesetzt. Nachdem das Konkordat vom 10. Juli 1818 am 6. Aug. 1822 dahin erläutert worden war, dass durch die Eingabe der Tarife bloss die genaue Beobachtung des Grundsatzes der Unzulässigkeit irgend einer Erhöhung der Posttaxen oder einer Veränderung der Postrouten erzielt werde, legten bis zum Jahre 1825 alle Stände ihre Tarife im eidg. Archiv nieder, ohne dass indessen alle den Konkordaten beigetreten wären. Zu weiteren Reformen kam es nicht[2]. Es blieb somit während der Restaurationsperiode doch etwas, wenn auch wenig, von der helvetischen zentralisierten Postanstalt bestehen.

Der *Entwurf von 1832* nahm den Gedanken der Vereinheitlichung mit folgender Bestimmung wieder auf:

Art. 26. «Das Postwesen im Umfang der ganzen Eidgenossenschaft wird vom Bunde übernommen, unter folgenden Vorschriften:

a) Die Postverbindungen dürfen in keinem Kanton im allgemeinen unter den jetzigen Bestand herabsinken.

---

[1]) Repertorium der eidg. Absch. 1803—1818, 2. Aufl., S. 233 ff. *Öchsli*, I, 607 ff.

[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1814—1844, I, S. 1129—1131. Offiz. Sammlung, I, 355, 357, 358; II, 43 f., 113 f.

b) Es soll die Unverletzbarkeit des Postgeheimnisses zu jeder Zeit und unter allen Umständen gesichert sein.

c) Die Tarife werden in allen Teilen der Eidgenossenschaft nach den gleichen Grundsätzen bestimmt.

d) Für die Abtretung des Postregals leistet der Bund Entschädigung, und zwar:

1. Die Kantone erhalten drei Vierteile des reinen Ertrages der Postbedienung im Umfang ihres Gebiets.
2. Privaten, welche Posteigentümer sind, erhalten aus der Bundeskasse gleichfalls drei Vierteile des reinen Ertrages. Für weitere Forderungen steht ihnen, wo es der Fall sein sollte, der Rekurs gegen die Betreffenden zu.
3. Bei allen nach Ziffer 1 und 2 aus der Bundeskasse zu leistenden Entschädigungen werden die Ergebnisse der Verwaltung des Jahres 1832 als Massstab angenommen.
4. Die Entschädigung geschieht durch jährliche Leistung der nach vorstehenden Bestimmungen schuldigen Summe, die jedoch mittelst des fünfundzwanzigfachen Betrages in teilweisen Raten oder in einer Zahlung losgekauft werden kann.
5. Die in Ziffer 2 bezeichneten Privaten haben das Recht auf Tilgung in vier Jahresraten.

e) Die allfällige Übernahme von vorhandenem Material und die Benutzung von Gebäulichkeiten ist Sache gütlichen Einverständnisses zwischen der eidgenössischen Postverwaltung und den Eigentümern.»

Die Tagsatzung gewährte aber dem Bund ein blosses Aufsichtsrecht über das kantonale Postwesen:

Art. 23. «Dem Bunde steht die Beaufsichtigung des Postwesens in der Eidgenossenschaft zu. Ein Bundesgesetz wird deren Umfang bestimmen. — Zu einer allfälligen Zentralisation des Postwesens, besonders hinsichtlich der Verbindungen mit dem Auslande, soll auf dem Wege des Konkordats das Weitere eingeleitet werden.»

Den *Revisionsverhandlungen des Jahres 1847* wurde der Entwurf von 1832 zu Grunde gelegt; die Zentralisation des Postwesens wurde ungefähr mit den gleichen Gründen wie jede andere angefochten: Unfähigkeit der zentralen Verwaltung den lokalen Bedürfnissen gerecht zu werden, bureaukratische statt kaufmännische Verwaltung u. a. m. Die unerfreulichen Verhandlungen der Kantone mit Österreich über den Abschluss eines Postvertrages waren aber noch zu sehr in aller Gedächtnis, als dass diese Einwendungen Eindruck gemacht hätten[1]. Die Diskussion verbreitete sich hauptsächlich über die Entschädigung der Kantone, über die Frage, ob sie für ihre bisherigen Einkünfte vollständig oder bloss zu $^3/_4$, und ob nach Massgabe der Reineinnahmen des Bundes oder schlechthin entschädigt werden sollen; wie die Kantone, welche die Post verpachtet hatten oder vom Postwesen noch nichts bezogen hatten, zu behandeln seien, und ob der Bund das Postmaterial der Kantone zu übernehmen habe[2]. Die diesen Fragen gegebene Lösung ergibt sich aus dem schliesslich angenommenen Art. 33 der B. V. von 1848:

---

[1] Vgl. *Baumgartner,* Die Postunterhandlungen zwischen den schweiz. Kantonen und dem österr. Kaiserstaat, St. Gallen 1847.

[2] Protokoll der Revisionskommission, S 61 ff. Absch. 1847, IV, S. 228 ff.

«Das Postwesen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft wird vom Bunde übernommen unter folgenden Vorschriften:

1. Die gegenwärtig bestehenden Postverbindungen dürfen im ganzen ohne Zustimmung der beteiligten Kantone nicht vermindert werden.

2. Die Tarife werden im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft nach den gleichen, möglichst billigen Grundsätzen bestimmt.

3. Die Unverletzlichkeit des Postgeheimnisses ist gewährleistet.

4. Für Abtretung des Postregals leistet der Bund Entschädigung, und zwar nach folgenden näheren Bestimmungen:

a) Die Kantone erhalten jährlich die Durchschnittssumme des reinen Ertrages, den sie in den drei Jahren 1844, 1845 und 1846 vom Postwesen auf ihrem Kantonalgebiete bezogen haben [1]). Wenn jedoch der reine Ertrag, welchen der Bund vom Postwesen bezieht, für Bestreitung dieser Entschädigung nicht hinreicht, so wird den Kantonen das Mangelnde nach Verhältnis der festgesetzten Durchschnittssumme in Abzug gebracht.

b) Wenn ein Kanton unmittelbar vom Postwesen noch gar nichts oder infolge eines mit einem andern Kanton abgeschlossenen Pachtvertrags bedeutend weniger bezogen hat, als die Ausübung des Postregals auf seinem Gebiete demjenigen Kanton, der dasselbe gepachtet hatte, erweislichermassen rein ertragen hat, so sollen solche Verhältnisse bei Ausmittlung der Entschädigungssumme billige Berücksichtigung finden [2]).

c) Wo die Ausübung des Postregals an Privaten abgetreten worden ist, übernimmt der Bund die diesfällige Entschädigung.

d) Der Bund ist berechtigt und verpflichtet, das zum Postwesen gehörige Material, soweit dasselbe zum Gebrauche tauglich und erforderlich ist, gegen eine den Eigentümern abzureichende billige Entschädigung zu übernehmen.

e) Die eidgenössische Verwaltung ist berechtigt, die gegenwärtig für das Postwesen bestimmten Gebäulichkeiten gegen Entschädigung entweder als Eigentum oder aber nur mietweise zur Benutzung zu übernehmen [3]).

Als Art. 34 wurde beigefügt:

«Bei der Verwaltung des Zoll- und Postwesens sind die Angestellten grösstenteils aus den Einwohnern derjenigen Kantone zu wählen, für welche sie bestimmt sind.»

Art. 33 der B. V. 1848 wollte offenbar die Entschädigungsrechnung mit jedem Jahr abschliessen, ohne die schlechten mit unzureichendem Reinertrag durch gute, mit einem Überschuss, auszugleichen; indem der B. B. betr. die Ausmittlung der Postentschädigung an die Kantone, vom 20. Januar 1860, diesen Ausgleich früherer unzureichender Jahresergeb-

---

[1]) Das schlechte Jahr 1847 wurde absichtlich weglassen.

[2]) Das Postwesen war verpachtet in den Kantonen Uri, Schwyz, Unterwalden, Zug, Baselland und Thurgau. Appenzell hatte kein Monopol; das Post- und Botenwesen war Sache der Gemeinden. St. Gallen besorgte gegen Fr. 3000 zwei Kurse über Appenzellergebiet; trotzdem beantragten die beiden Halbkantone, dass ihnen eine Entschädigung verabfolgt werde, wenn der Strassenbau wie bis jetzt weitergeführt werden solle.

[3]) Die Entschädigungssummen sind durch B. B. vom 24. Juli 1852, A. S. III, 237, und durch spätere b. ger. Urteile festgesetzt worden; vgl. *Kaiser*, Staatsrecht, II, 247.

nisse durch spätere Überschüsse zur Regel machte, änderte er materiell die Verfassung ab[1]) (A. S. VI, 420).

In den *Revisionsverhandlungen* des Jahres *1871* erhielt der Artikel schon durch die N. R. K. die heutige Fassung[2]); infolge des neuen finanziellen Ausgleichs zwischen Bund und Kantonen fiel die Entschädigungspflicht jenes gegen diese weg; ferner bestätigte die Verfassung, was bereits das B. Ges. vom 23. Dez. 1851 (A. S. III, 1) ausgesprochen hatte, dass auch das Telegraphenwesen Bundesregal sei.

II. Auslegung.

Abs. 1. Indem die B. V. das Post- und Telegraphenwesen als Bundessache erklärt, spricht sie zugleich einen Rechtssatz über das Verhältnis des Bundes zu den Kantonen und des Bundes zu den Einzelnen aus. Der erste Rechtssatz geht wesentlich dahin, dass das Post- und Telegraphenwesen, weil es Sache des Bundes ist, nicht mehr Sache der Kantone ist. Darin erschöpft sich der praktische Wert der Bestimmung gegenüber den Kantonen. Gegenüber den Einzelnen dagegen ist weiter von Bedeutung, ob der Bund das Post- und Telegraphenwesen selber betreibe oder der bundesrechtlich normierten Privattätigkeit überlasse, und ferner, ob er es als Regal, d. h. unter Ausschluss jeder konkurrierenden Privattätigkeit betreibe oder nicht. Zweifellos ist, dass die Verfassung dem Bund die Befugnis des Selbstbetriebes, nicht bloss der Gesetzgebung geben wollte, und in etwelchem Umfange auch das Regal dieses Betriebes; fraglich kann aber sein, was unter Post- und Telegraphenwesen überhaupt zu verstehen und wie weit das Regal auszudehnen sei.

1. Postwesen[3]). **a.** Zum Postwesen wurde schon vor der 1848er Verfassung gemäss kantonaler Übung nicht nur der Transport von Briefen, sondern auch von Personen und Waren gerechnet; dass dies der Sinn der B. V. von 1848 war, geht aus Art. 33, Ziffer 4, lit. *d*, derselben hervor[4]). Das erste Bundesgesetz über das Postregal vom 2. Juni 1849 (A. S. I, 98) umschrieb dieses Recht wie folgt:

Art. 2. «Das Postregal besteht in dem ausschliesslichen Rechte:

a) des Transportes von verschlossenen Briefen;

b) des Transportes von anderen verschlossenen Gegenständen aller Art (Pakete, Gelder u. s. w.), wenn sie nicht über 10 Pfd.[5]) schwer sind;

c) des regelmässigen, periodischen Transportes von Personen;

d) der Beförderung der Personen durch Extraposten[6]).»

---

[1]) A. M. der B. R., B. Bl. 1859, I, 571; II, 257; 1860, I, 169.

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 114, 217.

[3]) Vgl. *Salis,* III, S. 774 ff.

[4]) Vgl. Botschaft des B. R. zum Entwurf eines Gesetzes über das Postregal, vom 18. März 1849, B. Bl. 1848—1849, Beilage zu Nr. 7, nach S. 174.

[5]) Der B. R. hatte, wohl in Anlehnung an das helvetische Regal, 15 Pf. vorgeschlagen.

[6]) „Unter Extrapost versteht man dasjenige Transportmittel, bei welchem den Reisenden behufs ihrer Beförderung vermittelst Pferdewechsels auf Verlangen Postpferde und Fuhrwerke zur Verfügung gestellt werden." Extrapostreglement der Schweiz. Postverwaltung, vom 29. Mai 1890, A. S. XI, 676, Art. 1, Ziffer 1.

Eine Ausdehnung des Postregals gegenüber früher bedeutete die Anführung der Extraposten.

Der Postbetrieb umfasst ausserdem noch, als nicht regalpflichtige Geschäfte, den Transport von nicht verschlossenen schriftlichen Mitteilungen, von Drucksachen und von Zeitungen und Zeitschriften, sowie das Abonnement auf letztere, den Transport von nicht verschlossenen und mehr als 10 Pfd. wiegenden Fahrpoststücken [1]), seit 1866 die Postmandate [2]), und seit 1875 die Einzugsmandate [3]) und Zustellung gerichtlicher Akten [4]).

Das zweite Gesetz, vom 5. April 1894 (A. S. XIV, 385), dehnte das Regal aus auf den Transport von «Karten mit schriftlichen Mitteilungen (Postkarten)», die beim Erlass des Gesetzes von 1849 noch nicht bekannt waren, auf den Transport von Zeitungen, nicht aber anderer Drucksachen (Art. 2) [5]). Den bisherigen Geschäftsbetrieb der Post dehnte sie fakultativ aus auf die Protestierung durch Einzugsmandate einkassierter protestabler Papiere (Art. 1 i. f.). Durch N. R. *Köchlin* und Mitunterzeichner ist am 23. Juni 1900 angeregt worden, durch die Post auch den Scheck- und Giroverkehr besorgen zu lassen (vgl. Botschaft des B. R. vom 5. April 1904 mit Gesetzesentwurf, B. Bl. 1904, II, 614).

Es mag kleinlich scheinen, angesichts dieser reichen, den Bedürfnissen des Lebens entsprungenen Entwicklung des Instituts die Frage der Kompetenz des Bundes aufzuwerfen; und doch müssen auch dieser Verkehrsrichtung ihre rechtlichen Grenzen gewiesen werden können, wenn die Verfassungsbestimmung, auf der sie beruht, einen vernünftigen, bestimmbaren Sinn haben soll. Wie schon bemerkt, handelt es sich nicht sowohl um eine Abgrenzung der Rechtssphären von Bund und Kantonen, weil diese, nachdem auch das Eisenbahnwesen Bundessache geworden, kaum Veranlassung haben werden, eine mit der Postanstalt kollidierende öffentliche Anstalt zu gründen; von praktischem Interesse ist vielmehr die Abgrenzung der Machtsphäre des Bundes gegenüber dem Einzelnen, gegenüber dem Bereiche des freien Gewerbes. Von diesem Standpunkte aus ist es aber weniger wichtig, zu wissen, wie weit das Regal des Bundes als wie weit sein Postbetrieb überhaupt reicht; denn in der Regel hat es der Staatsbetrieb auch ohne Monopol in der Hand, die Privatkonkurrenz tatsächlich unmöglich zu machen.

Als die Tagsatzung das Postwesen dem Bunde übertrug, hatte sie wahrscheinlich diejenigen Einrichtungen vor Augen, die damals in den Kantonen bestanden; sie wollte aber sicher der auf neuen und fruchtbareren Boden verpflanzten Einrichtung ihr naturgemässes Wachstum nicht unterbinden. Es ist daher nicht die Umschreibung des Begriffes massgebend, die im früheren kantonalen Recht oder im ersten Bundesgesetz enthalten ist, sondern das diesen Einrichtungen zu Grunde liegende Prinzip, das noch weitere Anwendungen zulässt. Als ursprüngliche Bestimmung der Post kann bezeichnet werden: 1. der Transport

---

[1]) Vgl. B. Ges. über die Posttaxen, vom 6. Februar 1862, A. S. VII, 321.

[2]) Verordnung des B. R. vom 6. Dez. 1865, A. S. VIII, 654. Vgl. B. Ges. vom 15. November 1865, A. S. VIII, 632.

[3]) B. R. B. vom 21. Dez. 1874, A. S. I, 214.

[4]) Verordnung des B. R. vom 15. Okt. 1875, A. S. I, 749. Betr. Zustellung von Zahlungsbefehlen und Konkursandrohungen vgl. Schuldbetreibungsgesetz, vom 29. April 1889, Art. 72. Transportordnung vom 3. Dez. 1894, Art. 39.

[5]) Vgl. Bericht der St. R. K. vom 4. Dez. 1893, B. Bl. 1893, V, 697.

von Personen, 2. die Vermittlung von Mitteilungen, von Waren und Geld zwischen räumlich getrennten Personen. Wie schon bei Art. 26 bemerkt, hat der Bund den *Transport von Personen* grundsätzlich im ganzen Umfang, auch per Eisenbahn und Dampfschiff als Bestandteil des Postregals in Anspruch genommen.

Was dagegen den *Warentransport* betrifft, so soll er unzweifelhaft nicht im ganzen Umfang der Post zufallen; das würde, als Regal gedacht, das private Frachtgewerbe gänzlich ausschliessen. Das erste Gesetz setzte die Grenze qualitativ dadurch fest, dass es nur verschlossene, und quantitativ dadurch, dass es nur bis 10 Pfd. wiegende Gegenstände dem Postzwang unterstellte; diese seither beibehaltene Grenze darf wohl in bezug auf das Warentransportmonopol als die verfassungsrechtliche bezeichnet werden, wenn eine solche überhaupt bestehen soll; der nicht regalpflichtige Postbetrieb geht allerdings über diese Grenze hinaus, was, wie unten auszuführen, auch zur Ausdehnung des Regals berechtigen würde; allein gerade hier ist für das Privatgewerbe das Regal viel wichtiger, als der nicht regalpflichtige Fahrpostverkehr, weil sich die ihrem Hauptzweck angepassten Posteinrichtungen so wie so nicht zu einem ausgedehnten und rentabeln Frachtverkehr eignen [1]. Es darf daher hier als verfassungsrechtliche Übung betrachtet werden, dass die Grenze des Regals und diejenige des nicht monopolistischen Postbetriebes auseinanderfallen, und dass letztere gegenüber dem privaten Frachtgewerbe dem Gegenstande nach nicht genau zu bestimmen ist.

Was die *Mitteilungen* betrifft, so standen ursprünglich bloss die verschlossenen schriftlichen Mitteilungen unter dem Postregal; die Postverwaltung beförderte aber von jeher auch unverschlossene schriftliche Mitteilungen und Drucksachen; seit 1894 ist das Regal auch auf Postkarten und Zeitungen ausgedehnt worden. Wenn die Umschreibung des Regals von 1849 nicht für alle Zeiten massgebend ist, so darf sicher die obige Ausdehnung als eine durch die Analogie der Transportgeschäfte gerechtfertigte bezeichnet werden: der Charakter des Gewerbes und seine wirtschaftliche Funktion sind überall die gleichen. Aus dem gleichen Grunde war auch der Analogieschluss durchaus berechtigt, kraft dessen der Bund die Übertragung von Mitteilungen durch den Telegraphen und das Telephon als zum Postwesen gehörend erklärte [2].

Dasselbe ist zu sagen von der Vermittlung von *Geldzahlungen* zwischen voneinander entfernten Personen, geschehe nun diese Vermittlung durch den Transport des Geldes selbst oder auf dem Wege der Verrechnung, wie bei der Nachnahme, der Geldanweisung und dem Einzugsmandat. Diese zweite Art der Vermittlung ist als ein postalisches Geschäft und nicht als ein Bankgeschäft zu betrachten, weil sein Zweck der eines Geldtransportes ist und zwar ohne Inanspruchnahme des Kredits. Weiter geht dagegen der Vorschlag, durch die Post den Scheck-

---

[1]) Vgl. Art. 43, Ziffer 2 und 3; Art. 44, Ziffer 1, 2, 3, der Transportordnung vom 3. Dezember 1894, A. S. XIV, 555.

[2]) Die Analogie wurde aber nicht ausgedehnt auf die Verteilung der Telegrapheneinnahmen an die Kantone in den Jahren, wo der Ertrag der Post dazu nicht ausreichte. Der B. R. schlug dies in seiner Botschaft vom 26. Nov. 1866 vor, stiess aber auf den Widerstand der Räte. B. Bl. 1866, III, 213; 1867, I, 125.

und Giroverkehr besorgen zu lassen; hier besteht die wirtschaftliche Leistung der Postverwaltung nicht sowohl darin, dass sie dem Zahler und dem Empfänger des Geldes das Hindernis der sie trennenden Distanz aus dem Wege räumt, sondern darin, dass sie Geldzahlungen durch Verrechnung (zwischen wenigstens drei Personen) überhaupt überflüssig macht. Die Post wird dadurch zur Bank, und wenn der Bund die Kompetenz dazu hat, so hat er sie auf Grund von Art. 39 und nicht von Art. 36[1]).

b. Obschon es die B. V. nicht ausdrücklich erwähnt, will sie doch ohne Zweifel die Verrichtung besagter Geschäfte dem Bunde nur dann vorbehalten, wenn sie in *Erwerbsabsicht* geschieht, was die Verrichtung aus blosser Gefälligkeit ausschliesst, ja nur dann, wenn sie *gewerbsmässig*, d. h. nicht bloss vereinzelt und zufällig, sondern planmässig geschieht. Das Bundesgesetz vom 5. April 1894 nimmt denn auch vom Postregal aus: die nicht regelmässige und nicht periodische Beförderung von Personen, das Versenden und Vertragen von Postsendungen, wenn sie durch den Eigentümer selbst oder eine von ihm hierzu besonders bestellte Person stattfindet, oder aus blosser Gefälligkeit erfolgt. Das Gesetz geht mit letzterer Bestimmung sogar noch weiter, indem es die Spedition und Verteilung von postpflichtigen Gegenständen nur dann verbietet, wenn es als *besonderes* Gewerbe, nicht aber, wenn es als Bestandteil eines andern Gewerbes betrieben wird[2]).

c. Wenn Art. 36 im Gegensatz zum freien Privatgewerbe steht, so muss «Postwesen» ein bestimmbarer Rechtsbegriff sein, der dem Bunde nicht gestattet, irgend welche Tätigkeit, weil angeblich zum Postbetrieb gehörend, der Privatinitiative zu entziehen. Da aber die B. V. nicht unterscheidet zwischen regalpflichtigen und nichtregalpflichtigen Geschäftzweigen der Postverwaltung, so ist grundsätzlich anzuerkennen, dass die Postverwaltung alle Geschäfte, die sie berechtigtermassen betreibt, auch als Regal zu betreiben befugt ist; der sog. Postzwang könnte daher m. E. bei einer künftigen Gesetzesrevision auf alle Geschäfte ausgedehnt werden, die überhaupt zum Postwesen gehören; es braucht dies aber nicht zu geschehen. Im Gegensatz zum deutschen Recht[3]) besteht der sog. Postzwang auf dem ganzen Gebiet der Eidgenossen-

---

[1]) In den Kreis der Postgeschäfte fällt dagegen nicht mehr die Mitwirkung der Post bei der sog. *Volksversicherung* (eine Lebensversicherung auf kleine Beträge und zu einfachen Bedingungen) dadurch, dass sich die Postverwaltung verpflichtet, die als Prämien eingesandten Frankomarken der Versicherungsgesellschaft unter Abzug einer Provision von 1% gegen Bargeld umzutauschen, was der Versicherungsanstalt ermöglicht, die Prämien in Frankomarken zu beziehen. Abkommen dieser Art wurden mit der „Suisse" und der „Lebensversicherungs- und Rentenanstalt" in Zürich geschlossen. Geschäftsberichte des Postdepartements für die Jahre 1894 und 1896. B. Bl. 1895, II, 511, und 1897, II, 819. Das gleiche ist zu sagen von ähnlichen Abkommen mit *Ersparniskassen;* vgl. St. B. V, 388 ff., 342, und von den sog. Post-Sparkassen. Es sind das Unterstützungen dieser Einrichtungen durch Erleichterung der Einzahlung der Einlagen und Prämien, wobei die Postverwaltung nur zufällig beteiligt ist. Die Gründung von Post-Sparkassen wurde durch Postulat vom 11. Juni 1881 angeregt, nach dem Beispiel von Belgien. Die Verbindung der Sparkasse mit der Postverwaltung würde es ermöglichen, den Kassendienst durch die Postbureaux besorgen zu lassen und die Postwertzeichen bei den Einzahlungen zu Hülfe zu nehmen. Vgl. B. Bl. 1887, I, 654, III, 545; 1894, III, 598; 1896, II, 667 Vgl. Art. 34bis B. V.

[2]) Art. 4 des Gesetzes. Vgl. den noch weitergehenden Art. 5.

[3]) *Laband,* III, 63.

schaft, auch da, wo keine Postablage bestehen sollte und auch im Inneren der Ortschaften.

Der Bund kann sein Regal durch Selbstbetrieb oder durch Erteilung von Konzessionen an Privatunternehmer ausüben; ersteres bildet die Regel, letzteres die Ausnahme. Wie bei Art. 26 B. V. erwähnt, hat sich die Eisenbahnkonzession vom Postrecht losgelöst und unter besonderes Recht gestellt. Eigentliche Postkonzessionen werden nur erteilt für die regelmässige und periodische Beförderung von Personen, und zwar auf Dampfschiffen [1]), Fuhrwerken [2]), Luftseilbahnen u. s. w. [3]); ausserdem kann der B. R. Botenverbindungen, welche vorzugsweise lokalen oder industriellen Bedürfnissen dienen, bewilligen [4]).

2. Telegraphen- und Telephonwesen [5]). Wie schon angeführt, wurde das Telegraphenwesen durch das Bundesgesetz vom 23. Dez. 1851 (A. S. III, 1) in analoger Anwendung des Art. 36 B. V. als Bundessache erklärt; Art. 1: «Dem Bunde steht das ausschliessliche Recht zu, elektrische Telegraphen in der Schweiz zu errichten oder die Bewilligung zur Errichtung derselben zu erteilen.» Diese Umschreibung des Telegraphenmonopols ist seither die gleiche geblieben, sowohl im Gesetze vom 20. Dezember 1854 (A. S. V, 1) als im Gesetzesentwurf vom 20. Juni 1899 betr. die Organisation der Telegraphenverwaltung (B. Bl. 1899, IV, 1).

Das *Telephonwesen* schloss sich der Telegraphenverwaltung an; mit Beschluss vom 18. Februar 1878 erklärte der B. R. auch die durch Telephon bedienten Privattelegraphenlinien (d. h. die Telephonlinien) als konzessionspflichtig, soweit als unter das Telegraphenregal fallend [6]). Im Jahre 1880 wurde das private Zürcher Telephonnetz konzessioniert; bald darauf beschloss jedoch der B. R., für andere Städte keine Konzessionen mehr zu erteilen und die Telegraphenverwaltung mit der Erstellung von Telephonlinien überall zu beauftragen, wo eine genügende Beteiligung des Publikums gesichert sei. Die B. Vers. hiess diese Verordnung gut, indem sie eine dagegen gerichtete Beschwerde

---

[1]) Verordnung vom 24. Nov. 1882, A. S. VI, 593.

[2]) Verordnung vom 23. Dez. 1895, A. S. XV, 330.

[3]) Art. 7 des Postregalgesetzes vom 5. April 1894.

[4]) Art. 6 des zit. Gesetzes.

[5]) Vgl. *Salis,* III, 775. *Literatur: Meili,* Das Telegraphenrecht, 1873; *Reinhard,* Die Geschichte des schweiz. Telephonwesens, Zeitschrift für schweiz. Statistik, Bd. 35, S. 261 ff.; *Meili,* Das Telephonrecht, 1888.

[6]) *Salis,* III, Nr. 1400. Vgl. den Bericht des B. R. vom 6. Dez. 1878, B. Bl. 1878, IV, 448, wo ganz richtig bemerkt wird, dass der Zweck der neuen Einrichtung derselbe ist wie derjenige der alten, und dass auch die Vermittlung der Gedanken durch optische oder akustische Telegraphie unter das Regal fallen würde. 1888 wurde auch eine Beschwerde Bachofen über die Zulässigkeit der Expropriation zur Zeit der Erstellung von Telephonleitungen von der B. Vers. abgewiesen. Bericht des B. R. vom 25. Mai 1888, B. Bl. 1888, III, 395. *Salis,* III, 785 f. Das Expropriationsrecht des Bundes geht m. E. zwar nicht aus Art. 24 B. V. hervor, da Telegraphen- und Telephonlinien nicht als öffentliche Werke i. S. des zitierten Artikels betrachtet werden können, wohl aber aus Art. 36 selbst; denn die Erstellung von Telegraphenlinien ist ohne Inanspruchnahme von öffentlichem und privatem Boden nicht denkbar. — Betr. die Unterstellung des Telephonwesens unter das Telegraphenregal vgl. *Meili,* Telephonrecht, S. 38 f., 47 ff.; betr. das Expropriationsrecht, S. 133.

Ehrenberg abwies[1]). Das Zürchernetz wurde auf Grund eines Vertrages vom 28. Okt. 1884 auf den 1. Januar 1886 zurückgekauft[2]).

Der von den Bundesbehörden bisher eingenommene und praktisch betätigte Standpunkt erhielt gesetzlichen Boden durch das Bundesgesetz betr. das Telephonwesen vom 27. Juni 1889 (A. S. XI, 256), welches, in Anwendung von Art. 36 der B. V., in Art. 1 erklärt: «Die Errichtung und der Betrieb von Telephonanlagen bildet einen Teil des Telegraphenwesens (Art. 36 der Bundesverfassung) und wird dem Geschäftskreis der Telegraphenverwaltung zugewiesen[3]).»

Handelt es sich darum, den Gegenstand des Telegraphen- und Telephonregals näher zu bezeichnen, so kann in Bestimmung dessen, was unter Telegraph und Telephon im technischen Sinne zu verstehen sei, keine Schwierigkeit entstehen; fraglich ist aber, welche Verwendung dieser elektrischen Apparate dem Bunde vorbehalten ist. In ihrer technischen Anlage unterscheiden sich Telegraph- und Telephonverbindung von der Postverbindung dadurch, dass sie, wenn einmal hergestellt, keiner dritten vermittelnden Person bedürfen zwischen den beiden miteinander verkehrenden Personen; dies ist namentlich beim Telephon, in beschränktem Masse aber auch beim Telegraphen der Fall. Es könnten daher leicht Privatverbindungen hergestellt werden ohne Beiziehung eines Dritten, und deshalb genügt es nicht, wie bei der Brief- und Personenpost, die als besonderes *Gewerbe* betriebene Vermittlung zwischen entfernten Personen zu verbieten, es muss auch die durch die Interessenten selbst hergestellte Vermittlung untersagt sein, und, da viele Mitteilungen nicht geschäftlicher, sondern freundschaftlicher und geselliger Natur sind, so muss auch die ohne Erwerbsabsicht hergestellte Verbindung untersagt werden; letzteres schon wegen der Unmöglichkeit der Kontrolle über die Art der Mitteilungen. Der Regalzwang hört erst dann auf, wenn die Anlage bloss den Grund und Boden des Eigentümers in Anspruch nimmt; dieser an sich nicht notwendige Satz ist zwar nur für Telephonanlagen ausgesprochen[4]), gilt aber wohl auch für Telegraphenanlagen. Die relative Erweiterung des Telegraphen- und Telephonmonopols gegenüber dem Postmonopol bei gleicher verfassungsrechtlicher Grundlage rechtfertigt sich durch die Verschiedenheit der technischen Betriebsbedingungen.

Der Bund übt sein Regal in der Regel selbst aus, indem er die Privaten zum Anschluss an das öffentliche Netz zwingt; nur ausnahmsweise konzediert er die direkte Verbindung von Privatpersonen durch private Leitung[5]). Zum gewerbsmässigen öffentlichen Betrieb werden

---

[1]) B. Bl. 1881, II, 373; *Meili,* a. a. O., S. 55.

[2]) Vgl. die b. r. Verordnung vom 29. November 1880, A. S. V, 240, welche den Ortschaften ohne öffentliche Telegraphenbureaux gestattete, sich durch Einrichtung von öffentlichen Telephonstationen auf telephonischem Wege mit dem Telegraphennetze zu verbinden, und die Verordnung betr. die Einrichtung von Telegraphenbureaux und von mit Telephonnetzen nicht verbundenen Gemeindetelephonstationen, vom 18. Nov. 1898, A. S. XVI, 862.

[3]) Botschaft des B. R. vom 13. Nov. 1888, B. Bl. 1888. IV, 649. Bericht der St. R. K. vom 6. April 1889, B. Bl. 1889, II, 284.

[4]) Gesetz vom 27. Juni 1889, A. S. XI, 256, Art. 20—22; B. R. Verordnung betr. das Telephonwesen, vom 24. September 1895, A. S. XV, 234, Art. 148—156.

[5]) Bez. des Telegraphs vgl. Art. 1 des Gesetzes von 1854 und B. R. B. vom 18. Februar 1878, B. Bl. 1878, I, 291; Eisenbahngesetz vom 23. Dez. 1872, Art. 23, und B. R. B. vom 17. März 1875, A. S. I, 441. Bez. des Telephons die in obiger Note zitierten Bestimmungen.

keine Konzessionen erteilt; deshalb hat auch der Konzessionär nicht das Expropriationsrecht.

Der öffentliche Telegraphen- und Telephonbetrieb geht nicht über die Grenzen des Regals hinaus.

Abs. 2 wurde 1874 im Gegensatz zu den Bestimmungen der B. V. von 1848 über die Entschädigung der Kantone in die Verfassung aufgenommen. Im übrigen vgl. das zu Art. 28, Abs. 1 Gesagte.

Abs. 3 fordert die Vereinheitlichung der Tarife in der ganzen Schweiz, was nach dem Übergang der Postwesens an den Bund selbstverständlich ist; er fordert nicht, dass die Tarife für alle Landesteile absolut die gleichen seien, sondern nur, dass sie nach gleichen Grundsätzen aufgestellt werden. Die höheren Tarife der Personenpost auf Gebirgsrouten verstossen daher nicht gegen die B. V.

Die Grundsätze (richtiger die Tarife) sollen möglichst billig im e. S. des Wortes sein. Da die Worte zu einer Zeit in die Verfassung aufgenommen wurden, wo der Bund noch verpflichtet war, aus dem Reinertrag die Kantone zu entschädigen, kann nicht angenommen werden, dass die Tarife herabzusetzen seien, sobald sich ein Reinertrag ergibt; die Post- und Telegraphenverwaltung wurde von jeher als eine Einnahmequelle des Bundes betrachtet; vgl. Art. 42, lit. *c*[1]). Anderseits darf «möglichst billig» auch nicht dahin ausgelegt werden: soweit es das Geldbedürfnis des Bundes überhaupt erlaubt, denn es ist selbstverständlich, dass der Staat die Bürger nicht mehr als notwendig belasten soll. Die Tarife sollen vielmehr so bemessen werden, dass der Einnahmenüberschuss im Vergleich zu den Betriebsausgaben ein mässiger ist. Die Postverwaltung hat dieser Forderung bisher wohl genügend Rechnung getragen; die Reineinnahmen betrugen seit 1874 nicht mehr als 1/9 der Ausgaben, ausgenommen in den Jahren 1879—1882, wo sie bis auf ca. 1/8 und 1/7 stiegen; die Telegraphen- und Telephonverwaltung hatte oft, besonders in den letzten Jahren, Defizite zu verzeichnen.

Abs. 4. Post- und Telegraphengeheimnis. Geschichtlich betrachtet, erscheint das Postgeheimnis als eine dem Bund bei der Überlassung des Postwesens seitens der Kantone gemachte Auflage; juristisch betrachtet, ist es eine verfassungsrechtliche, den Bund in der freien Ausübung der Postverwaltung beschränkende Pflicht. Es darf wohl angenommen werden, dass sich das Post- und Telegraphengeheimnis nicht auf die Personenpost bezieht. Die Postverwaltung soll weder andere Verwaltungsorgane noch Privatpersonen erfahren lassen, was ihr anvertraut wurde, und ihren eigenen Beamten nur insoweit Einblick gewähren, als es zur Besorgung des Dienstes erforderlich ist. Der leitende Gedanke war wohl der, dass das Publikum nicht darunter leiden soll, dass es seinen Frachtführer nicht auswählen und die Transportbedingungen mit ihm vereinbaren kann; das Postgeheimnis ist aber auch auf den nicht regalpflichtigen Postbetrieb ausgedehnt worden, wo in der Tat meist auch ein tatsächliches Monopol besteht. Das Postge-

[1]) Weil sie dem Bunde vorbehalten ist, darf sie nicht durch Besteuerung in die kantonalen Kassen abgeleitet werden. Vgl. Posttaxengesetz, vom 26. Juni 1884, Art. 33: „Scheine, Rechnungen u. dgl., die im Postverkehr von der Postverwaltung oder von Privaten ausgestellt werden, dürfen dem Kantonsstempel nicht unterworfen werden.“

heimnis im Sinne der B. V. begründet daher keine Pflicht ausserhalb der Postverwaltung Stehender und kann durch diese nicht verletzt werden. Die Verletzung des Briefgeheimnisses durch solche Personen ist ein anderes Delikt[1]. Der Bund als Verwalter der Post hat die Pflicht, einmal die erforderlichen äusseren und organisatorischen Einrichtungen zu treffen, damit das Post- und Telegraphengeheimnis gewahrt bleibe, und sodann die Angestellten der Post- und Telegraphenverwaltung durch Gesetz oder Dienstverordnung zur Verschwiegenheit anzuhalten. In der *ersten Beziehung* ist z. B. auf die eigentümlichen Schwierigkeiten des Telephonbetriebes hinzuweisen[2], und bezüglich der Organisation z. B. auf die Unvereinbarkeitserklärung zwischen Postbeamtungen mit kommerziellen und gewerblichen Privatanstellungen; die Wahrung des Postgeheimnisses kann solche Verbote rechtfertigen, da das an den Einzelnen gerichtete Verbot, das Postgeheimnis zu verletzen, nicht ausreicht[3].

In der *zweiten Beziehung* bestimmt das Bundesstrafgesetz vom 4. Februar 1853:

Art. 54. «Ein Beamter oder Angestellter der Postverwaltung, welcher

a) einen Brief oder ein Schriftpaket unterschlägt; oder

b) von dem Inhalte eines versiegelten Briefes oder Schriftpaketes durch Anwendung irgend welcher Mittel sich Kenntnis verschafft; oder

c) irgend jemandem Gelegenheit gibt, einen solchen Postgegenstand zu unterschlagen oder von dem Inhalt desselben sich Kenntnis zu verschaffen; oder

d) darüber, dass zwei Personen mit einander durch die Post korrespondieren, einer dritten Person Mitteilung macht,

wird mit Amtsentsetzung bestraft, womit in schwereren Fällen eine Geldbusse oder Gefängnis verbunden werden kann.»

Art. 55. «Die gleiche Strafe verwirkt ein Beamter oder Angestellter der Post- und Telegraphenverwaltung, welcher über den Inhalt einer telegraphischen Nachricht irgend jemandem, für den dieselbe nicht bestimmt ist, eine Mitteilung macht[4].»

Die Unterschlagung von Postgegenständen ist nicht Verletzung des Briefgeheimnisses.

Der Erörterung bedarf noch die Wahrung des Post- und Telegraphengeheimnisses gegenüber Gerichts- und Polizeibehörden. Die Postverwaltung hat sich nicht in den Dienst dieser Behörden zu stellen, sie hat aber ihre Verfügungen zu befolgen überall, wo sie ein Privatunter-

[1]) Vgl. *Stooss,* Grundzüge des schweiz. Strafrechts, II, 173 f.; die Schweiz. Strafgesetzbücher, 515—517. Der Entwurf eines Postregalgesetzes vom 20. Juni 1874, B. Bl. 1874, II, 343, Art. 11, Abs. 4, schrieb vor, dass Private, welche sich der Eingriffe in das Postgeheimnis schuldig machen, von der zuständigen kantonalen Behörde zu bestrafen seien.

[2]) Vgl. *Reinhard,* a. a. O., S. 270.

[3]) Vgl. Verordnung des B. R. vom 9. Nov. 1897 und B. R. B. vom 12. Februar 1901, B. Bl. 1902, II, 596. Es handelte sich darum, ob es den Postangestellten, und speziell denjenigen, die sich mit dem Brief- und Warenverkehr direkt zu befassen haben, gestattet werden solle, Verwaltungsstellen in Konsumvereinen anzunehmen.

[4]) Vgl. Art. 9 des Postregalgesetzes vom 5. April 1894; Art. 3 der Transportordnung vom 3. Dezember 1894; Art. 17, Abs. 3, des Telegraphengesetzes vom 20. Dez. 1854; Art. 17 des Telephongesetzes vom 27. Juni 1889. A. S. XI, Art. 17: Die Beamten und Angestellten der Verwaltung sind verpflichtet, den telephonischen Verkehr geheim zu halten. Die Übertretung dieser Vorschrift wird in leichtern Fällen disziplinarisch geahndet, in schwereren Fällen strafrechtlich verfolgt. Der Bundesrat ist berechtigt, die Fehlbaren zu entlassen.

nehmer zu befolgen hätte. Daher darf die Strafgerichts- oder Polizeibehörde nicht die Postverwaltung mit der Beschlagnahme aller verdächtigen Sendungen beauftragen, sondern hat die Entscheidung darüber selbst zu treffen; sie muss der Post- oder Telegraphenverwaltung diejenigen Sendungen oder Telegramme mit äusseren Merkmalen, individuell oder generell, bezeichnen, deren Herausgabe sie verlangt; sie trägt dann, wie bei jeder anderen Untersuchungsverfügung, die Verantwortlichkeit für unberechtigtes Übergreifen in die Privatrechtssphäre [1]. Die umschriebene Befugnis steht sowohl kantonalen wie eidg. Behörden zu, denn es liegt darin nur eine Ausübung der Gerichtsbarkeit, und wenn den Gerichtsbehörden weitgehende Eingriffe in die Rechtssphäre von Privatpersonen gestattet sind, so ist es nur eine Wirkung dieser Gerichtsbarkeit, dass die der Post sich bedienenden Personen den gleichen Eingriffen ausgesetzt sind. Das Gesagte gilt namentlich für die Zivilrechtspflege und Schuldbetreibung; darüber, ob der über die Postsendung Verfügungsberechtigte editionspflichtig ist, entscheidet der Zivilrichter, und die Postanstalt ist so zu behandeln wie eine mit der Beförderung beauftragte Privatperson; ist jener der Post gegenüber Verfügungsberechtigte in der Verfügung über sein Vermögen oder einzelne Vermögensstücke eingestellt, z. B. infolge Konkurses, Pfändung oder Arrestes, so ist er es nicht weniger, weil sich diese Gegenstände im Gewahrsam der Post befinden. Es ist daher nicht Sache der Postverwaltung oder des Postrechts, sondern des Zivil- oder Betreibungsrechts [2], zu bestimmen, ob und welche Postsendungen durch Zivilgerichtsbehörden mit Beschlag belegt werden dürfen; die Postverwaltung hat bloss die formelle Kompetenz der verfügenden Gerichtsbehörde zu prüfen.

Das Post- und Telegraphengeheimnis ist nicht als subjektives öffentliches Recht ausgestaltet, weil der Einzelne nach positivem Recht kein Rechtsmittel hat, um die fehlbare Behörde zu zwingen, die erforderlichen technischen und organisatorischen Massnahmen zur Wahrung des Postgeheimnisses zu treffen. Das Publikum besitzt als Garantien der Befolgung des verfassungsrechtlichen Grundsatzes bloss die straf- und zivilrechtliche Verantwortlichkeit der vollziehenden Beamten.

Art. 37.

Der Bund übt die Oberaufsicht über die Strassen und Brücken aus, an deren Erhaltung die Eidgenossenschaft ein Interesse hat.

Die Summen, welche den in Art. 30 bezeichneten Kantonen mit Rücksicht auf ihre internationalen Alpenstrassen zukommen, werden von der Bundesbehörde

---

[1] Vgl. den Fall bei *Salis*, III, Nr. 1398, wo die Zollverwaltung beanspruchte, auf den Poststellen der tessinischen Grenze durch ihre Wachtorgane Zolluntersuchungen und Sequester vorzunehmen und durch die Postbeamten der Zolldefraudation verdächtige Sendungen aufhalten zu lassen.

[2] Vgl. Art. 482 O. R.; Art. 96, 98, 197, 204, 275 des Betreibungsgesetzes; Art. 3 der Posttransportordnung, dessen Ziffer 5 bezüglich der Postsendungen nicht zu billigen ist.

zurückbehalten, wenn diese Strassen von den betreffenden Kantonen nicht in gehörigem Zustande unterhalten werden.

I. Geschichte.

Ausser dem bei Art. 28 wiedergegebenen Art. 6 enthielt die *Mediationsverfassung* in Art. 23 eine der obigen analoge Bestimmung: «Der Landammann der Schweiz kann nötigenfalls Aufseher zur Untersuchung der Heerstrassen, Wege und Flüsse absenden. Er ordnet dringende Arbeiten, die dahin gehören, an, und lässt sie im Falle der Not unmittelbar und auf Kosten dessen, dem es zukommen mag, ausführen, wenn sie in der vorgeschriebenen Zeit nicht angefangen oder vollendet sind.» Sicher war diese vereinzelte Kompetenz dem Landammann (und nicht etwa der Tagsatzung) im militärischen Interesse Frankreichs verliehen worden.

Der *Bundesvertrag von 1815* liess die Bestimmung fallen. Dagegen enthielt der *Entwurf* von *1832* wieder eine ähnliche Vorschrift: Art. 25. «Der Bund übt das Recht der Aufsicht über den Zustand aller Strassen aus, auf welchen Zollgebühren bezogen werden.» Nach Art. 18 sollten nämlich die Strassengelder der Kantone mit Berücksichtigung der Bau- und Unterhaltungskosten der Strassen, Brücken und Niederlagsstätten bewilligt werden. Die Tagsatzung strich Art. 25 aus dem Entwurf. Die Kommission der *Tagsatzung* nahm ihn *1848* in gleicher Fassung wieder auf; eine Oberaufsicht sei nötig, bemerkten die Redaktoren in der Kommission, weil die Kantone nach Aufhebung der Zölle ihr Interesse an den Strassen verlieren würden [1].

Die mit der Prüfung der materiellen Fragen beauftragte Kommission stellte folgenden Antrag: «Der Bund beaufsichtigt die Strassen erster und zweiter Klasse, sowie die an denselben bestehenden Brücken. — Die nach Art. 26 *a* und *b* an die Kantone zu entrichtenden Summen werden nur insofern abgereicht, als diese Strassen und Brücken von den betreffenden Kantonen und Korporationen oder Privaten in gehörigem Zustande unterhalten werden.»

Die Tagsatzung fügte in Abs. 2 neben Art. 26 (Zollentschädigungen) noch Art. 33 (Postentschädigungen) hinzu und gab der Bestimmung die Fassung von 1848 [2].

Abs. 2 lautete damals:

«Die nach Art. 26 und 33 den Kantonen für Zölle und Posten zukommenden Summen werden von der Bundesbehörde zurückbehalten, wenn diese Strassen und Brücken von den betreffenden Kantonen, Korporationen oder Privaten nicht in gehörigem Zustande unterhalten werden.»

Im Jahre 1872 wurde Abs. 2 nach heutigem Wortlaut eingeschränkt [3].

---

[1]) Prot. der Komm., S. 54—56.
[2]) Eidg. Absch. 1847, IV, S. 221 - 222.
[3]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 115, 217.

II. Auslegung.

Das Interesse der Eidgenossenschaft, von dem hier die Rede ist, ist nicht das Interesse des Landes an der Erhaltung eines Verkehrsmittels; denn dieses Verkehrsinteresse zu berücksichtigen, ist, mit Vorbehalt des Art. 23, Sache der Kantone. Gemeint ist vielmehr eines jener Landesinteressen, deren Wahrung spezielle Aufgabe des Bundes ist, und zwar wohl hauptsächlich das militärische und, wie sich aus der Entstehungsgeschichte ergibt, das postalische.

Das Oberaufsichtsrecht soll dem Bunde ermöglichen, zu überwachen, ob die Strassen und Brücken gut erhalten bleiben, und gegebenen Falls auf bessere Unterhaltung zu dringen; die Kantone haben also bezüglich der fraglichen Strassen und Brücken dem Bunde gegenüber die Pflicht gehöriger Unterhaltung.

Es ergibt sich daraus für das Verhältnis des Postregals des Bundes zur Strassenhoheit der Kantone, dass diese die Pflicht haben, die bestehenden Strassen auf ihre Kosten in einem für den Militär- und Postverkehr tauglichen Zustande zu erhalten. Bis 1848 konnten sie die aus dem Postverkehr entstehenden Mehrauslagen für den Strassenunterhalt aus den Posteinnahmen decken; von 1848 bis 1874 aus Postentschädigungen; die 1874er Verfassung hat die übrigens geringfügige Pflicht belassen, die Entschädigung aber aufgehoben.

Die Sanktion der Unterhaltungspflicht der Kantone war unter der Verfassung von 1848 die Sperre der Zoll- und Postentschädigungen; nachdem diese weggefallen sind, sieht Art. 37, ausser für den Fall des 2. Abs., keine besondere Sanktion mehr vor: die natürliche Rechtsfolge wäre aber die Ausführung der nötigen Arbeiten auf Kosten des fehlbaren Kantons.

In Wirklichkeit übt der Bund eine Oberaufsicht nur über die in Abs. 2 erwähnten internationalen Alpenstrassen und über die mit Bundesbeiträgen erbauten Strassen und Brücken; beides aber kraft besonderer Bestimmungen; das erste kraft Art. 30 B. V. verbunden mit Art. 27, Abs. 2, das zweite kraft Art. 23 B. V. und der auf Grund desselben erlassenen Bundesbeschlüsse (vgl. Art. *23*).

Über *Abs. 2* vgl. das zu Art. 30 Gesagte.

Art. 38.

Dem Bunde steht die Ausübung aller im Münzregale begriffenen Rechte zu.

Die Münzprägung geht einzig vom Bunde aus.

Er bestimmt den Münzfuss und erlässt allfällige Vorschriften über die Tarifierung fremder Münzsorten.

I. Geschichte[1]).

Unter der *Helvetik* war das Münzwesen zentralisiert; die Regierung machte aber nur beschränkten Gebrauch von ihrem Regal, indem sie,

[1]) Vgl. *Schäepp*, Beiträge zur Schweiz. Münzgeschichte, Frauenfeld 1895. Expertenbericht von *Speiser* an den B. R. vom 6. Oktober 1849, B. Bl. 1849, III. S. 1 ff.

des Gewinnes halber, für mehr als eine halbe Million Franken viel zu geringhaltige 5, 1 und ½ Schweizerbatzenstücke prägte. Die *Mediationsakte* überliess das Münzregal wieder den Kantonen mit der Einschränkung: Art. 7. «Die in der Schweiz verfertigten Münzen haben einen gleichen Gehalt, der von der Tagsatzung zu bestimmen ist.» Die Tagsatzung stellte in der Tat durch Beschluss vom 11. Aug. 1803 einen schweizerischen Münzfuss auf, als dessen Einheit ein Schweizerfranken angenommen war, der zum französischen im Wertverhältnis von 1½ zu 1 stand; geprägt wurde er aber nicht; auch waren die kantonalen Münzsysteme damit nicht abgeschafft und die verschiedenartigen in- und ausländischen Münzsorten, gesetzliche oder tatsächliche Zahlungsmittel, nicht durch eine einzige nationale ersetzt. Dagegen beschränkte die Tagsatzung die kantonalen Prägungen von Scheidemünzen auf ein bestimmtes Mass während einer Reihe von Jahren [1]).

Der Bundesvertrag von 1815 überliess das Münzwesen wieder uneingeschränkt den Kantonen. Es gelang der Tagsatzung nicht, den fortwährend zu Klagen Anlass gebenden Übelstand übermässigen Prägens von Scheidemünzen durch die Kantone wirksam zu bekämpfen. Vgl. die Beschlüsse vom 14. Juli 1819 und vom 24. Juli 1828 betr. die helvet. Scheidemünzen; die Konkordate vom 9. Juli 1824 zwischen 16 Ständen betr. Einstellung der Prägung von Scheidemünzen während 20 Jahren, von 1825 zwischen 6 Ständen betr. Einziehung helvetischer und eigener Scheidemünzen. 1818 und 1819 setzten 19 Stände den schweizerischen Münzfuss wieder anders fest, um den Schweizerfranken in ein einfaches Verhältnis zur livre tournois zu bringen (4 Schweizerfranken = 6 livres tournois), statt zum neuen französischen Franken.

Der *Entwurf von 1832* wollte dem Wirrwarr der kantonalen Münzsysteme und der verschiedenen in- und ausländischen Münzsorten durch die Übertragung des Münzregals auf den Bund und die Einführung des französischen Münzfusses ein Ende machen.

Art. 27. «Alle im Münzregale begriffenen Rechte übt von nun an der Bund, nach folgenden Grundsätzen, aus:

a) Es wird ein schweizerischer Münzfuss festgesetzt, dessen Einheit derjenigen des französischen Dezimalmünzfusses gleichkommt.

b) Die Münzprägung durch die Kantone hört auf und geht einzig von den Bundesbehörden aus.

c) Die auszuprägenden groben Sorten müssen in ihrem wirklichen Werte die angenommene Münzeinheit genau so oft repräsentieren, als es ihr Nennwert bezeichnet.

d) Scheidemünze darf nie in grösserer Menge geprägt werden, als der tägliche Verkehr es erheischt; ein Bundesgesetz wird das Verhältnis ihres wirklichen Wertes zum Nennwerte bestimmen.

e) Für den Kurs der groben Münzsorten von ausländischem und schweizerischem Gepräge wird ein allgemein verbindlicher Tarif festgesetzt. Die Tarifierung geschieht nach dem Verhältnis ihres wirklichen Wertes zu der schweizerischen Münzeinheit. Kein Kanton darf diesen Tarif abändern.

f) Der Bund wird den Kurs der vorhandenen Kantonalscheidemünzen, in gerechter Berücksichtigung ihres gegenseitigen Verhältnisses, festsetzen.

---

[1]) Repert. der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., S. 239. *Öchsli,* a. a. O., S. 602.

g) Jeder Kanton ist pflichtig, seine Scheidemünzen im Laufe von dreissig Jahren, vom Zeitpunkt obiger Tarifierung an, in gleichmässigen, jährlichen Raten einzulösen und auf eigene Kosten zu tilgen.»

Gegen das französische System waren die ostschweizerischen Kantone, namentlich St. Gallen, das überhaupt die Vereinheitlichung des Münzsystems nicht wünschte.

In der Tagsatzung standen sich die Anhänger des deutschen Münzfusses[1]), zugleich Gegner eines einheitlichen Münzsystems, eben die östlichen Kantone, und die Anhänger des französischen gegenüber. Die Tagsatzung entschied sich für ein Übergangssystem, dasjenige des etwas modifizierten Schweizerfrankens.

Entwurf von 1833, Art. 21, lit. *a*: «Es wird ein schweizerischer Münzfuss aufgestellt, dessen Einheit der Schweizerfranken ist. Der Schweizerfranken teilt sich in 10 Batzen, der Batzen in 10 Rappen. — Der innere Gehalt des Schweizerfrankens ist zu 121 französischen Gran feinen Silber festgesetzt[2]).»

In den folgenden Jahren fanden verschiedene Konferenzen zwischen den Abgeordneten einer Anzahl Kantone statt; im Februar 1839 stellten in Zürich die Vertreter von 12 Kantonen einen Konkordatsentwurf auf, der auf dem französischen Münzsystem beruhte; es blieb aber beim Entwurf.

Bei den *Revisionsverhandlungen* des Jahres *1848* standen sich in der Tagsatzungskommission die drei Systeme des deutschen[3]), französischen und einheimischen Münzfusses gegenüber. Da sich die Mitglieder der Kommission über keines derselben einigen konnten, beschlossen sie schliesslich, die Fixierung des Münzfusses der Gesetzgebung zu überlassen. Die zur Prüfung der materiellen Fragen eingesetzte Spezialkommission wollte auch die Möglichkeit offen lassen, für die östliche und die westliche Schweiz einen verschiedenen Münzfuss einzuführen[4]). In dieser Absicht wollte *Zürich* in der Tagsatzung den 3. Abs. des nachherigen Verfassungsartikels streichen; es blieb aber mit seinem Antrag allein. Es sollte also für die ganze Schweiz ein und dasselbe Münzsystem eingeführt werden. *Tessin* und, in etwas anderer Fassung, *Genf* beantragten, das französische Dezimalsystem als Basis des schweizerischen Münzfusses zu nehmen; es stimmten aber zum Genfer Antrage nur $10^1/_2$ Stände[5]). Beinahe wörtlich übereinstimmend mit dem Antrag der Tagsatzungskommission lautete Art. 36 der B.V. von 1848: «Dem Bunde steht die Ausübung aller im Münzregale begriffenen Rechte zu. — Die Münzprägung durch die Kantone hört auf und geht einzig vom Bunde aus. — Es ist Sache der Bundesgesetzgebung, den[6]) Münzfuss festzusetzen, die vorhandenen Münzsorten zu tarifieren und die näheren

---

[1]) In der Ostschweiz wurde zu Zahlungen am meisten der Kronenthaler zu $24^{54}/_{100}$ fl. auf die Kölnische Mark fein Silber verwendet zum fl. 24-Fuss.

[2]) Vgl. die ausführlichen Bestimmungen dieses Artikels bei *Kaiser* u. *Strickler*, I. 227.

[3]) Nämlich des süddeutschen, wie er durch die Münzkonvention vom 25. Aug. 1837 zwischen Bayern, Württemberg, Baden, Hessen, Nassau und Frankfurt vereinbart worden war.

[4]) Prot. der Revisionskommission, S. 66—67, 152, 172.

[5]) Absch. 1847, IV, 171, 237 f., 265.

[6]) Statt „den schweizerischen".

Bestimmungen zu treffen, nach welchen die Kantone verpflichtet sind, die von ihnen geprägten Münzen einschmelzen und umprägen zu lassen.»

Nachdem das französische Münzsystem durch das Bundesgesetz vom 7. Mai 1850 (A. S. I, 305) eingeführt und die früheren kantonalen Münzen eingelöst worden waren, konnten die nur mehr transitorische Bedeutung besitzenden Teile des Verfassungsartikels bei der Revision von 1872—1874 weggelassen werden [1].

II. Auslegung.

Unter **Münzregal** versteht die B. V., wie aus den Abs. 2 und 3 hervorgeht, sowohl das Recht, das Münzsystem zu bestimmen, als dasjenige, die dem angenommenen Münzfuss entsprechenden Münzen zu prägen und auszugeben, die Münzhoheit wie das Münzregal i. e. S. [2].

A. Die *Münzhoheit* besteht im Recht, zu bestimmen, was im Lande gesetzliches Zahlungsmittel, d. h. Geld im Rechtssinne, sein soll. Das Geld im Rechtssinne kann aus irgend welchem Material verfertigt sein, aus Papier eben so gut wie aus Metall; die B. V. hatte aber in Art. 38 nur die zu Geld gemachten Münzen im Auge, da Art. 39, Abs. 6, über die mit der rechtlichen Eigenschaft des Geldes versehenen «Banknoten und andern gleichartigen Geldzeichen» besonders bestimmt.

Der Bund hat von seiner Münzhoheit Gebrauch gemacht, indem er durch das Gesetz über das eidgenössische Münzwesen vom 7. Mai 1850 (A. S. I, 305) das auf dem Franken zu «fünf Grammen Silber, neun Zehnteile fein», als Einheit fusssende Münzsystem einführte [3].

Zur Münzhoheit gehört auch die *Tarifierung* fremder Münzsorten; im Sinne der B. V. ist darunter das Verleihen der Geldeigenschaft an fremde Münzen zu verstehen durch Fixierung des Betrages im Landesgeld, zu welchem sie in Zahlung genommen werden müssen [4]: die Schweiz hatte nämlich vor 1848 viel zu wenig Geld eigener Prägung und war auf den Gebrauch fremder Münzsorten angewiesen, die z. T. in den Kantonen offiziell tarifiert, d. h. mit Geldeseigenschaft versehen worden waren. Da man die Möglichkeit voraussah, dass der Bund die vorhandenen Münzen kantonalen und fremden Gepräges nicht sofort würde ausser Kurs setzen und durch eigene ersetzen können, ermächtigte man ihn dazu, diese Münzen zu tarifieren, damit überhaupt ein gesetzliches, für die ganze Schweiz gleiches Zahlungsmittel vorhanden sei. Der B. R. stellte diesen Tarif am 26. März 1851 auf (B. Bl. 1852, I, 444).

Nachdem aber die kantonalen Münzen ausser Kurs gesetzt und eingelöst worden sind, kann es sich nur noch um die Tarifierung ausländischer Münzsorten handeln.

Das hat zunächst das Münzgesetz vom 7. Mai 1850 selbst in Art. 8, Abs. 1, getan: «Niemand ist gehalten, andere Münzen anzunehmen, mit Ausnahme solcher Silbersorten, die in genauer Übereinstimmung mit

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 115, 218.

[2]) *Laband,* III, 156 ff.

[3]) Auch die Ausserkurssetzung und Einlösung zu bestimmtem Tarif (auch Tarifierung genannt) der früheren kantonalen Münzen durch den Bund war eine Ausübung seiner Münzhoheit. Vgl. Bundesgesetz betr. die Ausführung der schweizerischen Münzreform vom 7. Mai 1850, A. S. I, 310, Reglement vom 11. März 1851, A. S. II, 270, Verordnung vom 26. März 1851, A. S. II, 283, B. R. B. vom 21. Januar 1851, A. S. III, 40.

[4]) *Schöepp,* a. a. O., S. 73.

dem durch das gegenwärtige Gesetz aufgestellten Münzsystem geprägt und, nach vorheriger Untersuchung, von dem B. R. als diesen Bedingungen entsprechende Zahlungsmittel anerkannt sind.» In Anwendung dieses Grundsatzes verlieh der B.R.B. vom 16. Januar 1852 (A.S. III, 38) den Fünffranken-, Zweifranken-, Einfranken- und Halbfrankenstücken, den 25 und 20 Centimenstücken von Frankreich, Belgien, Sardinien, Parma, der ehemaligen cisalpinischen Republik und dem Königreich Italien obligatorischen Kurs [1]. — Ähnliches bestimmte bezüglich der Goldmünzen das Bundesgesetz vom 31. Januar 1860 (A.S. VI, 442) mit folgender Bestimmung: Art. 1. «Die französischen Goldmünzen, welche im Verhältnis von einem Pfund fein Gold zu fünfzehn und einem halben Pfund fein Silber ausgeprägt sind, werden für so lange, als sie in Frankreich zu ihrem Nennwert gesetzlichen Kurs haben, ebenfalls zu ihrem Nennwerte als gesetzliche Zahlungsmittel anerkannt. — Diese Bestimmung gilt auch für die von andern Staaten in vollkommener Übereinstimmung mit den entsprechenden französischen Münzsorten ausgeprägten Goldmünzen. — Der B. R. wird nach vorheriger Untersuchung bestimmen, welche ausländischen Goldmünzen vorstehenden Bedingungen entsprechen und als gesetzliches Zahlungsmittel anzuerkennen sind.»

Diese Bestimmung wurde im gleichen Jahre angewendet auf französische und sardinische Goldmünzen [2]; das Bundesgesetz vom 22. Dez. 1870 (A.S. X, 342) bestimmte sodann in Art. 1, Abs. 2: «In ausserordentlichen Zeiten jedoch, und wenn der Mangel an gesetzlichen Münzen eintreten sollte, behält sich die B.Vers. vor, für Münzen, die in *anderer Währung* geprägt sind, eine ihrem eigentlichen Gehalte entsprechende Wertung aufzustellen. Diese Wertung ist sodann für alle öffentlichen und Privatkassen auf Schweizergebiet verbindlich und die so gewerteten Münzen sind den gesetzlichen Münzen gleichgestellt, so lange die Tarifierung dauert.» Demgemäss wurden 1870—1871 vorübergehend englische Sovereigns und Halbsovereigns tarifiert als gesetzliche Zahlungsmittel [3]) und später wiederum, durch B.B. betr. die Tarifierung fremder Goldmünzen vom 23. Juni 1887 (A. S. X, 96), die englischen Sovereigns und Halbsovereigns, die deutschen Zwanzig- und Zehnmarkstücke und die Fünfdollarstücke der Vereinigten Staaten von Nordamerika, ein Beschluss, der aber durch den B. R., dem es anheimgestellt war, nicht vollzogen wurde, weil sich die drohende Kriegsgefahr wieder verzog.

Die gleiche Wirkung hatte bezüglich der Gold- und Silber-Kurantmünzen der anderen vertragsschliessenden Staaten der Münzvertrag zwischen der Schweiz, Belgien, Frankreich und Italien (später auch Griechenland), vom 23. Dez. 1865 (A. S. VIII, 825); rechtlich aber war es keine Tarifierung im obigen Sinne, denn die Vertragsparteien verpflichteten sich bloss, die erwähnten Münzen jedes von ihnen an ihren öffent-

[1]) Dieser B.R.B. wurde nie formell aufgehoben, ist aber tatsächlich durch die lateinische Münzunion ausser Kraft gesetzt.

[2]) Vgl. B. R. B. vom 2. März 1860 betr. die als gesetzliches Zahlungsmittel anzunehmenden Goldmünzen; A. S. VI, 461, ergänzt durch Beschluss vom 11. Mai 1860; A.S. VI, 479. Beide sind formell noch in Kraft, tatsächlich aber wohl durch die lateinische Münzunion ausser Geltung gesetzt.

[3]) B.B. betr. die Tarifierung englischer Sovereigns und Halbsovereigns, vom 22. Dez. 1870; A.S. X, 344, aufgehoben den 26. Juli 1870; A.S. X, 524.

lichen Kassen als Zahlung anzunehmen, sie verpflichten die Privaten nicht, ein Gleiches zu tun[1].

Von der bisher besprochenen Tarifierung ist grundverschieden die Tarifierung einer ausländischen oder ausser Kurs gesetzten inländischen Münzsorte zu Handen der öffentlichen Kassen; andere als gesetzliche Zahlungsmittel sind die öffentlichen so wenig als die Privatkassen verpflichtet anzunehmen; tun sie es, so können sie auch den Kurs feststellen, zu dem sie sie annehmen; die Aufstellung eines solchen *Kassentarifs*, so weittragende Wirkungen er für den Umlauf der betr. Münzsorten auch haben mag, ist Sache einer blossen Dienstinstruktion, nicht eines Gesetzes. Art. 9 des Münzgesetzes vom 7. Mai 1850 ermächtigte die öffentlichen Kassen der Eidgenossenschaft nur ausnahmsweise dazu, in ausserordentlichen Zeiten[2]. Das Bundesgesetz vom 22. Dez. 1870 untersagt es ihnen ausnahmslos, sieht jedoch, wie bemerkt, die allgemein verbindliche Tarifierung fremder Münzsorten anderer Währung vor.

Münzsorten, die nicht gesetzlichen Kurs haben, sind, rechtlich betrachtet, bloss Ware, nicht Geld; es könnte daraus gefolgert werden, die Regelung des Umlaufes solcher Münzen gehöre nicht mehr zur Münzhoheit i. e. S. Allein diese Begriffsbestimmung wäre zu eng. Die B. V. wollte, wie kaum zu bezweifeln ist, dem Bunde alle diejenigen gesetzgeberischen Kompetenzen geben, die zur Durchführung einer wirksamen Münzpolitik notwendig sind, und dazu gehört auch das Recht, die Verwendung von Münzen nicht gesetzlicher Währung zu verbieten oder zu beschränken, sofern diese Verwendung den Umlauf der Münzen gesetzlicher Währung in seiner Gesamtheit beeinflusst, m. a. W., sofern die Münzen ersterer Art wirtschaftlich auch die Funktion des Geldes ausüben[3]. Die Verwendung von Münzen fremder Währung kann aber auch durch zivilrechtliche, strafrechtliche oder polizeiliche Normen verboten werden; es liegt darin kein Eingriff in die Münzhoheit, wenn das Verbot mit Rücksicht auf besondere Umstände, unter denen solche Münzen im einzelnen Falle verwendet werden, geschieht. Daher kann das Verbot, fremde oder einheimische abgeschliffene oder verringerte Münzen überhaupt in den Verkehr zu bringen, nur vom Inhaber der Münzhoheit ausgehen, während das strafrechtliche, polizeiliche oder zivilrechtliche Verbot solcher Münzen nicht zur Münzhoheit gehört, wenn es durch spezielle Tatumstände begrenzt und begründet ist, z. B. Gefahr oder Absicht der Täuschung über die Art der Münze, Verwendung bei gewissen Rechtsgeschäften u. dgl.[4]. Während also die Verwendung von Münzen gesetzlicher Währung, wie selbstverständlich ist, als Zahlungsmittel nicht verboten werden kann, kann die Verwendung anderer Münzen sowohl aus münzpolitischen Gründen vom Inhaber der Münzhoheit, dem Bunde, untersagt werden, als aus rechtspolitischen und anderen Gründen durch die Kantone und möglicherweise auch durch den Bund. Wenn der Bund einer Münze nicht

[1] Ebenso der heute geltende Münzvertrag vom 6. Nov. 1885; A. S. VIII, 425.

[2] Vgl. B. R. B. vom 19. Januar und 5. März 1852; A. S. III, 177, 76, 30. Juli 1870; A. S. X, 287, 10. Aug. 1870; A. S. X, 288 und 22. Dez. 1870; A. S. X, 342.

[3] So wurde durch B. B. vom 29. Juni 1894; A. S. XIV, 283, vollzogen durch B. R. B. vom 21. Februar 1899; A. S. XVII, 67, die Einfuhr italienischer Scheidemünzen bei Strafe der Konfiskation verboten.

[4] Vgl die Vorschrift des Fabriksgesetzes vom 23. März 1877, Art. 10.

gesetzlichen Kurs verleiht, kann er nicht verhindern, dass die Kantone ihren Gebrauch zur Wahrung derjenigen Interessen verbieten, die sie zu vertreten kompetent sind.

B. Das *Münzregal* im engeren Sinne umfasst das Recht, zu bestimmen, ob und wieviel Münzen gesetzlicher Währung geprägt werden sollen, und das Recht, sie zu prägen. Beides behält die B. V. dem Bunde vor, indem sie vorschreibt: «Die Münzprägung geht einzig vom Bunde aus.» Die Entscheidung darüber, ob und wieviel geprägt werden soll, ist ein obrigkeitlicher Akt. Sie kann auch dahin lauten, dass die Prägung frei sei [1]. Die Prägung selbst besteht aus der rein technischen Operation der Verfertigung der Geldstücke und der juristischen Operation der Beglaubigung ihrer Übereinstimmung mit den gesetzlichen Vorschriften in bezug auf Feingehalt, Gewicht und Gepräge. Die gebieterische Vorschrift des 2. Abs. von Art. 36 verlangt bloss, dass alle Münzen gesetzlicher Währung durch den Bund beglaubigt werden, nicht aber, dass er die Münzen selber herstelle. Art. 4 des Gesetzes vom 7. Mai 1850 betr. die Ausführung der schweizerischen Münzreform (A. S. I, 310) lautet denn auch: «Die Prägung der schweizerischen Münzen kann nach dem Ermessen des schweizerischen Bundesrates in einer schweizerischen Münzstätte oder auch ganz oder teilweise in einer ausländischen Münzstätte bewerkstelligt werden.» Der Bund hat wirklich zu verschiedenen Malen Münzen in auswärtigen Anstalten prägen lassen, namentlich anfangs, von 1848 bis 1855, wo eine eidg. Münzstätte noch nicht bestand [2], und seither z. B. 1874 [3]) und später [4]).

Der Begriff des Münzregals enthält auch die Idee, dass dem Staate die Münzprägung und -ausgabe als gewinnbringendes Geschäft vorbehalten ist; der Bund soll am Münzregal auch ein *fiskalisches Monopol* haben, was heute allerdings bei richtiger Münzpolitik als Nebensache erscheint [5]). Eine rechtliche Verpflichtung besteht für den Bund nicht, diese Fabrikation selber zu betreiben; es ist für ihn lediglich eine finanzielle Frage, ob er die Prägung und Ausgabe schweizerischer Münzen selber besorgen oder einem andern auftragen wolle; die B. V verlangt nur, dass er die ausgegebenen Münzen auf ihren Feingehalt, ihr Gewicht und ihr Gepräge prüfe.

Art. 39.

Das Recht zur Ausgabe von Banknoten und andern gleichartigen Geldzeichen steht ausschliesslich dem Bunde zu.

Der Bund kann das ausschliessliche Recht zur Ausgabe von Banknoten durch eine unter gesonderter

---

[1]) Bundesgesetz vom 22. Dez. 1870 betr. die Prägung von Goldmünzen; A. S. X, 346. V. V. vom 7. Sept. 1899; A. S. XI, 235.

[2]) Vgl. B. B. vom 28. Januar 1854 betr. Errichtung einer eidg. Münzstätte; A. S. IV, 19.

[3]) Botschaft des B. R. vom 19. Dez. 1874, B. Bl. 1874, III, 935.

[4]) Geschäftsberichte des B. R. pro 1893, 1895. B. Bl. 1894, I, 564; 1896, I, 659.

[5]) Vgl. Art. 1, Abs. 3, des Münzgesetzes vom 7. Mai 1850, A. S. I, 310, wo die Verteilung des Reingewinnes unter die Kantone angeordnet ist, und Art. 8 des B. Ges. vom 31. Januar 1860, A. S. VI, 443, wonach aus dem Reingewinn ein Reservefonds zur Deckung der Kosten der Einlösuug abgenutzter Münzen zu bilden ist.

Verwaltung stehende Staatsbank ausüben, oder es, vorbehältlich des Rückkaufsrechtes, einer zu errichtenden zentralen Aktienbank übertragen, die unter seiner Mitwirkung und Aufsicht verwaltet wird.

Die mit dem Notenmonopol ausgestattete Bank hat die Hauptaufgabe, den Geldumlauf des Landes zu regeln und den Zahlungsverkehr zu erleichtern.

Der Reingewinn der Bank über eine angemessene Verzinsung, beziehungsweise eine angemessene Dividende des Dotations- oder Aktienkapitals und die nötigen Einlagen in den Reservefonds hinaus kommt wenigstens zu zwei Dritteilen den Kantonen zu.

Die Bank und ihre Zweiganstalten dürfen in den Kantonen keiner Besteuerung unterzogen werden.

Eine Rechtsverbindlichkeit für die Annahme von Banknoten und andern gleichartigen Geldzeichen kann der Bund, ausser bei Notlagen in Kriegszeiten, nicht aussprechen.

Die Bundesgesetzgebung wird über den Sitz der Bank, deren Grundlagen und Organisation, sowie über die Ausführung dieses Artikels überhaupt, das Nähere bestimmen.

I. Geschichte.

Aus den Verhandlungen der *Tagsatzung* i. J. *1848* über das Münzwesen sei erwähnt, dass *Baselstadt* beantragte: «Der Bund darf niemals Papiergeld mit gezwungenem Kurse einführen[1].»

Der deutsch-französische Krieg hatte in der Schweiz einen empfindlichen Mangel an Barschaft bewirkt; die von 22 verschiedenen Zettelbanken ausgegebenen Noten erwiesen sich als ungeeignet, den Mangel an Metallgeld zu decken, wegen ihres zu geringen Betrags (im Jahre 1869 Fr. 16,960,899) und noch mehr wegen ihrer beschränkten Zirkulationsfähigkeit, Folge ihrer Ungleichartigkeit und z. T. ihrer schlechten Qualität. In einer Botschaft vom 6. Dez. 1870[2]) beantragte der B. R., dem Bund die legislatorische Kompetenz auf dem Gebiet der Notenemission zu geben, mit folgendem neuen Art. 36bis der B. V.: «Der Bund wird im Wege der Gesetzgebung allgemeine Vorschriften über die Ausgabe und den Umlauf der Banknoten aufstellen.»

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 237 und 265.

[2]) B. Bl. 1870, III, 881.

In der N. R. K. wurde 1871 von der 4. Sektion vorgeschlagen: «Der Bund ist befugt, über das Bankwesen und die Ausgabe von Banknoten oder ähnlichen, zur Vertretung der gesetzlichen Zahlungsmittel bestimmten Papieren, geeignete Vorschriften aufzustellen», worunter auch die Kompetenz zur Gründung einer eigenen Bank verstanden sein sollte. *Ruchonnet* beantragte: «Der Bund ist befugt, eine Staatsbank zu errichten. Ihm steht die Gesetzgebung über das Bankwesen zu.» Schliesslich wurde nach Antrag *Friderich* beschlossen: «Der Bund ist befugt, über das Bankwesen und die Ausgabe von Banknoten die erforderlichen Vorschriften aufzustellen [1].»

In der St. R. K. hob *Blumer* namentlich die Notwendigkeit einheitlicher Vorschriften über die Ausgabe von Banknoten und über genügende Deckung hervor. Über die Zweckmässigkeit einer eidgenössischen Notenbank zur Vermeidung eines Mangels an Zirkulationsmitteln, wie er sich kürzlich gezeigt hatte, war man geteilter Meinung. Die Mehrheit stimmte aber der N. R. K. zu [2].

Im N. R. befürwortete am bestimmtesten *Keller* die Errichtung einer eidgenössischen Staatsnotenbank, unter Hinweis auf die kürzlich auf Staatsgarantie gegründete Zürcherische Kantonalbank; die Schweiz müsse durch Emission von Noten ihre Zirkulationsmittel vermehren und dazu bedürfe es eines Instituts mit möglichst gutem und ausgedehntem Kredit. Die Mehrheit war aber einer solchen Neuerung gegenüber kühl oder feindlich. Dagegen erhielt die u. a. von *Feer-Herzog* unterstützte Ansicht die Mehrheit, dass die Ausgabe und die Einlösung der Banknoten bundesrechtlich zu regeln und nicht der freien Initiative der Banken und der freien Taxierung ihres Kredites durch die Privaten anheimzugeben seien. Es wurde beschlossen, im Artikel der N. R. K. nach «Ausgabe» einzuschalten: «und Einlösung»; die Aufnahme der Worte: «inbegriffen die allfällige Erstellung einer Staatsbank» wurde ausdrücklich abgelehnt.

Der St. R. gab dem Artikel folgende engere Fassung: «Der Bund ist befugt, im Wege der Gesetzgebung allgemeine Vorschriften über die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten aufzustellen.» Der N. R. trat diesem Beschlusse bei [3].

In der N. R. K. des Jahres 1873 beantragte *Kaiser*, dem Bund die Befugnis zur Errichtung einer Notenbank ohne Monopol zu erteilen; es solle damit eine Stelle geschaffen werden, welche sämtliche Noten einlöse, da die Emissionsbanken sich bisher über die gemeine Zirkulation ihrer Noten nicht haben verständigen können. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt: Abs. 1 erhielt folgende Fassung: «Die Gesetzgebung über die Errichtung von Zettelbanken ist Sache des Bundes [4].» Die St. R. K. blieb beim Entwurf vom 1872 stehen [5].

Kaiser beantragte im N. R. folgende Zusätze zum Beschluss der N. R. K.: «Der Bund ist befugt, eine Bank, die das Recht der Notenemission hat, zu errichten. — Der Bund kann jedoch kein Monopol

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 115, 218.
[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 26, 38.
[3]) Prot. des N. R. 1871—1872, S. 149—154, 545, 579, 590, 601. Prot. des St. R. vom 25. Januar 1872. Bulletin, 161 ff.
[4]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 16, 26—27.
[5]) Prot. der St. R. K. 1873, S 15, 40.

für sich aufstellen, noch an Dritte verleihen, noch die Rechtsverbindlichkeit zur Annahme der Noten aussprechen.»

Feer-Herzog gelangte ebenfalls zum Schlusse, dass eine absolut zirkulationsfähige Note nur von einer Bundesbank emittiert werden könne, an der sich der Bund mit der Hälfte oder dem Drittel des Kapitals, die andern Banken mit dem Rest beteiligen würden. Ziemlich allgemein war man über die Notwendigkeit einig, wenigstens die Gesetzgebung über die Banknotenemission zu vereinheitlichen, um eine zuverlässige, überall zirkulationsfähige Note zu schaffen.

Der Rat nahm Abs. 1 nach Entwurf von 1872 und Abs. 2 nach dem von *Kaiser* vorgeschlagenen letzten Absatz an. In zweiter Beratung erhielt der 2. Absatz eine etwas veränderte Fassung, der sich der St. R. anschloss[1]; Art. 39 lautete demnach in der Verfassung von 1874:

«Der Bund ist befugt, im Wege der Gesetzgebung allgemeine Vorschriften über die Ausgabe und Einlösung von Banknoten zu erlassen.

«Er darf jedoch keinerlei Monopol für die Ausgabe von Banknoten aufstellen und ebenso keine Rechtsverbindlichkeit für die Annahme derselben aussprechen.»

Das Ausführungsgesetz vom 18. Sept. 1875 wurde vom Volk in der Referendumsabstimmung vom 23. April 1876 verworfen (A. S. II, 580). Schon 1879 richtete aber der Schweizerische Volksverein an die B. Vers. eine Petition um Revision der Art. 39 und 123 der B. V., Art. 39 im Sinne der Ermöglichung der Errichtung einer Bundesbank. Der B. R. beantragte Nichteintreten auf die Revision, da den bestehenden Übelständen auf Grund der geltenden Verfassung durch ein Bundesgesetz abgeholfen werden könne; es empfehle sich, vor der Einführung des Bundesmonopols die Erfahrungen mit einem Bundesgesetze abzuwarten (B. Bl. 1879, III, 1061). Die Minderheit der N. R. K. war der Ansicht, das Monopol von vornherein und von Verfassungs wegen zu verbieten, sei eine Anomalie; es solle dem Gesetzgeber die freie Wahl gelassen werden (B. Bl. 1879, III, 1183). Die B. Vers. beschloss nach Antrag des B. R. am 18. Dez. 1879 Nichteintreten auf die Petition, empfahl aber dem B. R. beförderliche Vorlegung eines Banknotengesetzes (A. S. IV, 415). Inzwischen legte nun Dr. *Joos*, der die Bewegung geleitet hatte, am 3. Aug. 1880 ein mit 52,588 Unterschriften versehenes Initiativbegehren bei der Bundeskanzlei nieder, welches verlangte, dass Art. 39 B. V. revidiert werde, und zwar durch Annahme folgender Bestimmung: «Nur dem Bunde steht das Recht zu, Banknoten beziehungsweise Kassenscheine auszugeben. — Er darf keine Rechtsverbindlichkeit für deren Annahme aussprechen. — Der aus der Ausgabe von Banknoten beziehungsweise Kassenscheinen sich ergebende Gewinn wird, nach einem gesetzlich zu bestimmenden Massstabe, zwischen Bund und Kantonen verteilt.»

Nach Antrag des B. R.[2] wurde das Volk angefragt, ob eine Revision der B. V. stattfinden solle[3], und das Volk verneinte die Frage mit 260,126 gegen 121,099 Stimmen[4]. Das Ausführungsgesetz wurde darauf am 8. März 1881 erlassen (A. S. V, 400).

[1] Prot. der eidg. Räte 1873, S. 62—84, 109, 326—327.
[2] Botschaft vom 18. Aug. 1880, B. Bl. 1880, III, 595.
[3] B. B. vom 17. Sept. 1880, A. S. V, 209.
[4] B. B. vom 13. Dez. 1880, A. S. V, 260. B. Bl. 1880, IV, 499.

Als der B. R. mit Botschaft vom 23. Juni 1890 den eidg. Räten die Revision dieses Gesetzes beantragte (B. Bl. 1890, III, 1013), regte N. R. *Keller* mit Motion vom 24. Sept. 1890 neuerdings die Übertragung des Notenmonopols auf eine Bundesbank an, und der B. R. wurde beauftragt, über diesen Gegenstand Bericht und Antrag einzubringen. In seiner zweiten Botschaft vom 30. Dez. 1890 (B. Bl. 1891, I, 1) bezeichnete er als Hauptübelstände des geltenden Rechtszustandes: den in der Regel schwachen, für ausserordentliche Bedürfnisse ungenügenden Stand verfügbarer Barschaft, verbunden mit dem Verbote, den gesetzlich vorgeschriebenen Prozentsatz der Bardeckung je anzugreifen; neben der stetig zunehmenden Notenzirkulation die bedeutenden, stets wachsenden andern kurzfälligen Verbindlichkeiten der Emissionsbanken, und der Mangel einer versorglichen Diskontopolitik zur Regulierung des Geldstandes. «Von einer Vielheit von Banken mit vielerlei, teilweise entgegengesetzten Interessen kann eine zielbewusste, nach innen und aussen wirksame Diskontopolitik schlechterdings weder verlangt noch erwartet werden.» Weitere Hauptaufgaben einer zentralen Bank seien: Die Erleichterung der Zahlungsausgleichungen durch ein über das ganze Land ausgedehntes Girosystem; die unentgeltliche Besorgung der Kassengeschäfte des Bundes; die Möglichkeit, in unruhigen Zeiten einer Krisis stand zu halten und ohne grossen Verlust auf ihren Noten den Zwangskurs zu dekretieren. Das Recht zur Notenemission wollte der B. R. einer von der übrigen Bundesverwaltung getrennten reinen Noten-, Giro- und Diskontobank übertragen und der Gesetzgebung die Wahl lassen zwischen Staatsbank und konzessionierter und privilegierter Privatbank[1]. Art. 39 sollte demnach lauten:

«Das Recht zur Ausgabe von Banknoten oder andern gleichartigen Geldzeichen (ou toute autre monnaie fiduciaire) steht ausschliesslich dem Bunde zu. — Der Bund kann das ausschliessliche Recht zur Ausgabe von Banknoten entweder auf eigene Rechnung durch eine unter gesonderter Verwaltung stehende Staatsbank ausüben, oder gegen Beteiligung an dem Reingewinn und vorbehältlich des Rückkaufsrechts auf eine auf Aktien zu errichtende Bank übertragen, welche unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes zu verwalten ist. — Die mit dem Notenmonopol ausgestattete Bank hat insbesondere die Aufgabe, den Geldstand des Landes zu regeln und den Zahlungsverkehr zu erleichtern. — Die Bank und ihre Zweiganstalten dürfen in den Kantonen keiner Besteuerung unterzogen werden; dagegen sind die Kantone an dem Reingewinn angemessen zu beteiligen. — Abs. 5 = Abs. 6 von heute. — Die Ausführung dieser Bestimmung geschieht auf dem Wege der Bundesgesetzgebung.»

Der N. R. strich den 3. Absatz und vereinfachte den 2.: «Der Bund kann das ausschliessliche Recht zur Ausgabe von Banknoten einer zu errichtenden und seiner Aufsicht zu unterstellenden Bank übertragen, über deren Grundlagen, Aufgaben und Organisation das Gesetz das Nähere bestimmen wird (St. B. I, S. 100).» Im St. R. machte aber *Isler* auf das Missverständliche des «kann» dieses Absatzes aufmerksam und verlangte eine unverhohlene Erwähnung der beiden Möglichkeiten.

---

[1]) Der B. R. sprach sich damals im Anschluss an alle zentralisierten Notenbanken, ausser der russischen, für die Privatbank aus.

Unter Ablehnung des Antrages, die Errichtung einer Staatsbank auszuschliessen, wurde Abs. 2 in heutiger Fassung angenommen, und Abs. 3 in etwas veränderter Gestalt wieder hergestellt.

Über die Verteilung des Reingewinnes waren die beiden Räte geteilter Ansicht: Der St. R. wollte ihn ganz unter die Kantone verteilen, der N. R. die Kantone nur «angemessen» daran beteiligen; der St. R. ging darauf auf $^{2}/_{3}$ herab, der N. R. wollte aber nicht mehr als die Hälfte zugestehen und beide beharrten am 27. Juni 1891 auf ihren Beschlüssen [1]. Damit fiel die Angelegenheit für einmal aus den Traktanden.

Am 28. Juli 1891 stellte aber im N. R. *Häberlin* die Motion, der N. R. wolle den Entwurf des B. B. wieder aufnehmen und in der Form der Schlussberatung vom 26. Juni akzeptieren und dem St. R. zur Erledigung übermitteln. Die Motion wurde Tags darauf erheblich erklärt; der N. R. beschloss nun, den Kantonen solle vom Reingewinn wenigstens $^{2}/_{3}$ zukommen, und der St. R. stimmte am gleichen Tage zu [2].

Mit 231,578 gegen 158,615 Stimmen und $12^{1}/_{2}$ gegen $7^{2}/_{2}$ Standesstimmen wurde der neue Verfassungsartikel in der Abstimmung vom 18. Oktober 1891 angenommen (B. Bl. 1891, V, 521).

II. Auslegung.

Abs. 1 und 6. Während die Ausgabe von Banknoten nach der Verfassung von 1874 grundsätzlich ein freies Privaterwerbsgeschäft war und der Bund nur die allgemeingültigen gewerbepolizeilichen Bedingungen seiner Ausübung aufzustellen befugt war, erklärt der revidierte Artikel 39 die Ausgabe von Banknoten und anderen gleichartigen Geldzeichen als ein Monopol des Bundes.

Banknoten sind unverzinsliche, unbefristete, auf einen bestimmten (runden) Betrag lautende Zahlungsversprechen an den Inhaber mit gesetzlich vorgeschriebener Deckung; wegen dieser juristischen Merkmale eben sind sie geeignet, sofern der Schuldner Kredit geniesst, als allgemeine Zahlungsmittel, wie Geld, zu dienen, obschon sie im Rechtssinne kein Geld sind. Die Verfassung nennt sie deshalb «Geldzeichen» [3]. Die «*anderen gleichartigen Geldzeichen*» i. S. der B. V. sind alle diejenigen Wertpapiere, welche geeignet sind, im Verkehr das gesetzliche Zahlungsmittel zu vertreten, also das sog. Papiergeld, wie Kassascheine [4], Münzcertifikate, etc. Es können dies, wie die Banknoten, Zahlungsversprechen sein, aber unter anderen Bedingungen als die für Banknoten geltenden ausgegeben, namentlich in bezug auf die Deckung, die in Baroder Metallvorräten oder in Titeln bestehen, vollständig oder unvollständig sein oder auch ganz fehlen kann; es können aber auch bloss Versprechen sein, die Urkunde an Zahlungsstatt für einen bestimmten Betrag gesetzlicher Währung anzunehmen, ohne Einlösungspflicht. Gemeinsam ist diesen Urkunden allen, dass sie gemäss ihrer juristischen Beschaffenheit als unverzinslich, unbefristet und auf bestimmte Be-

[1]) St. B. I, S. 100 ff., 151 ff., 277 ff., 293 ff., 335 ff., 339 ff., 345, 351, 355, 359, 362.

[2]) Prot. des N. R. vom 28. und 29. Juli; des St. R. vom 29. Juli 1891.

[3]) Im französischen Text heisst es: monnaie fiduciaire; derselbe Ausdruck stand im b. r. Entwurf, während der N. R. ihn durch den anderen ersetzte: „bons analogues"; der St. R. stellte den ursprünglichen Ausdruck wieder her.

[4]) Etwas anderes waren die verzinslichen und befristeten Kassenscheine, die der Bund 1877 und 1878 ausgab, A. S. III, 120; 450. *Salis*, III, Nr. 1377.

träge lautend, wie Geld zirkulieren können, und dass ihr Wert auf dem Kredit des Ausgebers beruht[1]). Papiere, die weder einlösbar sind noch an Zahlungssatt angenommen werden, haben keinen Wert, auch wenn sie vom Zahlungsfähigsten ausgegeben werden; sie sind nur mit Zwangskurs, d. h. nur als Geld, nicht als Geldzeichen denkbar und können daher nur vom Staat geschaffen werden. Dass hiezu nach Art. 39 nur der Bund kompetent sein kann und nicht die Kantone, ist nicht zweifelhaft, wenn auch Abs. 6 nur von der Rechtsverbindlichkeit zur Annahme von solchen Papieren spricht, die auch ohne Zwangskurs Geldzeichen sein könnten; es ergibt sich dies a fortiori aus Abs. 1 und 6. Die Verfassung sagt aber nicht ausdrücklich, dass der Bund Papiere mit Zwangskurs ausgeben kann, die er sich nicht verpflichtet je einzulösen oder sogar als Zahlung für ihren Nennwert an seinen Kassen anzunehmen, Papiere also, die mangels Zwangskurses gar keinen Wert hätten. Es fragt sich daher, ob nicht die einschränkende Bedingung des 6. Abs. auch auf die Ausgabe solcher Papiere Anwendung finde, oder ob der Bund etwa kraft seiner Münzhoheit zur Ausgabe papiernen, gleich wie metallenen Geldes befugt sei, oder endlich, ob ihm solches ganz verboten sei. M. E. ist im Sinne der zweiten Alternative zu entscheiden. Es könnte zwar argumentiert werden, dass, wenn der Bund in der Dekretierung des Zwangskurses bei Papieren, deren Einlösung er versprochen, beschränkt sei, dies noch viel mehr gelten müsse bei der Ausgabe papiernen Geldes, dessen Einlösung er von vornherein nicht verspricht. Allein der Fall des Art. 39, Abs. 6, ist doch sehr verschieden von dem eben erwähnten: dort handelt es sich für den Bund oder die Notenbank darum, einer bei Ausgabe des Geldzeichens übernommenen Pflicht durch Beschliessung des Zwangskurses zu entgehen, was deshalb gefährlich ist, weil bei Ausgabe des Papiers diese Eventualität nicht in Aussicht genommen wurde und nun die Versuchung dazu sehr nahe liegt; bei der Ausgabe von papiernem Geld dagegen ersetzt er bewusstermassen seinen Kredit durch sein Machtgebot; er entledigt sich nicht auf dem Weg der Gesetzgebung seiner privatrechtlich übernommenen Pflichten, sondern er nimmt, allerdings zu seinem Vorteil, eine Verschlechterung der gesetzlichen Zahlungsmittel vor. Er kann dasselbe unbestrittenermassen auch durch Ausgabe minderwertiger Münzsorten tun, in beiden Fällen aber unter der doppelten Bedingung, dass es auf dem Wege der Gesetzgebung, durch Abänderung des Münzgesetzes, geschehe, und dass das Papier gegenüber jedermann, auch gegenüber dem Bunde selbst gesetzliches Zahlungmittel sei. Wenn Abs. 6 von der Rechtsverbindlichkeit für die Annahme von Banknoten und andern gleichartigen Geldzeichen spricht, so ist darunter nicht nur die Rechtsvorschrift zu verstehen, dass jedermann solche Papiere als Zahlung annehmen soll, sondern, wie oben schon vorausgesetzt, auch die Aufhebung der Einlösungspflicht für den Bund oder seine Bank, wenn diese Pflicht bestanden hatte; denn ersteres allein würde dem Ausgeber der Schuldscheine nicht viel helfen[2]).

---

[1]) Vgl. den Artikel „Papiergeld“ von *Lexis*, im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, 2. Aufl. Keine „Geldzeichen“ waren daher die vom Bunde 1877 und 1878 ausgegebenen Kassascheine, die verzinsliche und befristete Schuldscheine waren. A. S III, 120, 450. B. Bl. 1878, II, 1080. *Salis*, III, Nr. 1377. A. S. (alte) X, 400.

[2]) „Der gesetzliche Kurs bestehe darin, dass die Note, welche überall als Zahlungsmittel gelten und angenommen werden müsse, an gewissen Kassen wieder eingelöst wer-

Der Zwangskurs kann nur verhängt werden *«bei Notlagen in Kriegszeiten»*; Kriegszeiten sind auch solche, wo der Krieg nicht im Lande selbst, sondern in Nachbarländern ausgebrochen ist, oder wo er noch nicht ausgebrochen ist, aber droht auszubrechen; in jedem Fall muss aber der Krieg oder die Kriegsgefahr die Notlage herbeigeführt haben, m. a. W. den Ausgeber der Geldzeichen in die Unmöglichkeit versetzen, seinen Verpflichtungen nachzukommen mangels baren Geldes. In welcher Form der Beschluss zu fassen sei, ist bei Art. 89 zu untersuchen.

Abs. 2 behandelt die Ausübung des Rechts zur Ausgabe von Banknoten im Gegensatz zur Ausgabe anderer Geldzeichen. Der Bund soll das Banknotenmonopol nicht unmittelbar selber ausüben; andere Geldzeichen dagegen kann er selber ausgeben. In dieser Weise legten *Isler* im St. R. und *Curti* im N. R. die Bestimmung aus, in gegenteiliger Weise *Heller*[1]); es scheint aber die erstere Ansicht allgemein geteilt worden zu sein; der Antrag *Curtis*, das Wort «kann» durch «wird» zu ersetzen, wurde aus andern Gründen abgelehnt.

Dass der Bund «andere Geldzeichen» selber ausgeben kann, geht daraus hervor, dass im 2. Abs. bewusstermassen nur von Banknoten gesprochen wurde unter Ablehnung eines gegenteiligen Antrages; B. R. *Hauser*, der diesen Antrag bekämpfte, führte aus, das Recht, andere Geldzeichen, wie Münzzertifikate, auszugeben, müsse sich der Bund unter allen Umständen vorbehalten, und dieser würde sich wohl besinnen, bevor er auch nur einer Staatsbank das Recht, Münzzertifikate auszugeben, zugestehen würde[2]). Es scheint also, als ob der Bund letzteres sollte tun können.

Wichtiger ist die Frage, ob der Gesetzgeber nur die Wahl, eine der beiden Formen der Notenbank, wie sie in Abs. 2 vorgezeichnet sind, auszuführen, oder ob diese beiden Formen nur die Grenzen bezeichnen, bis zu welchen er in zwei entgegengesetzten Richtungen gehen darf. Aus der Entstehungsgeschichte ergibt sich die Richtigkeit dieser letzteren Auffassung: bei der Beratung über das Banknotenmonopol hatte man stets die beiden typischen Ausführungsmöglichkeiten der Staatsbank und der Privat- oder Aktienbank vor Augen, die beide dem Gesetzgeber offen gelassen werden sollten.

Die Anhänger der Staatsbank wollten bloss darüber Gewissheit haben, inwieweit die Privatbank vom Staate unabhängig gemacht, und die Anhänger der Privatbank, in welchem Masse die Bank verstaatlicht werden dürfe; deshalb wurde bestimmt, dass die Staatsbank unter gesonderter Verwaltung stehen und die Privatbank unter Mitwirkung und Aufsicht des Bundes verwaltet und dem Rückkaufsrecht unterliegen

den könne. Der Zwangskurs trete nur in Zeiten grosser Nötigung ein, wenn die Unmöglichkeit vorhanden sei, die Noten gegen baresGeld auszuwechseln." *Feer-Herzog*, Prot. des N. R. 1873, S. 69.

[1]) St. B. I, 152, 290, 289; vgl. auch das Votum *Brunner*, 279, und Botschaft des B. R. vom 30. Dez. 1890, B. Bl. 1891, I, 1.

[2]) Das vom Volk verworfene Ausführungsgesetz gab der Bundesbank in Art. 6, Ziffer 7, auch die Befugnis, nach Massgabe eines besonderen Reglements Gold- und Silberzertifikate auszugeben; es waren dies aber übertragbare Gutscheine auf eine vom ersten Inhaber des Papieres hinterlegte Quantität gemünzten oder ungemünzten edeln Metalls, also ohne Haftbarkeit der Bank. Vgl. St. B. V, 670.

würde. Keineswegs aber war es die Meinung, dass nicht auch eine weniger verstaatlichte Staatsbank oder eine weniger autonom gestaltete Privatbank errichtet werden könnte. Weder in der Botschaft des B. R. noch in der Diskussion der Räte ist etwas anderes zu finden. Indem der N. R. die ausdrückliche Erwähnung der beiden Organisationsformen durch eine allgemeine Formel ersetzte, gab er offensichtlich dem Gesetzgeber noch freiere Hand, und dieser veränderten nationalrätlichen Fassung wurde im St. R. allgemein rein redaktionelle Bedeutung beigemessen. *Leumann* besprach eine Zwischenform zwischen Staats- und Privatbank, bei welcher der Bund neben Kantonen und Emissionsbanken Grossaktionär werden sollte, und wünschte allerdings zugleich Annahme der nationalrätlichen Fassung, aber ohne diesen Wunsch mit seinem Vorschlag in Zusammenhang zu bringen (St. B. I, 156). *Zweifel* unterstützte diesen Vorschlag einer kombinierten Privatbank und motivierte seine Zustimmung zur nationalrätlichen Fassung damit, dass er die Anführung der beiden Ausführungsformen für überflüssig erachte (ibid., 157, 161); endlich erörterte *Isler* die Möglichkeit, dass der Bund bei Errichtung einer Privatbank einen beträchtlichen Teil der Aktien übernehme, ohne darin im geringsten einen Widerspruch mit der von ihm verteidigten heutigen Fassung zu ahnen, und von niemand wurde ein solcher Widerspruch hervorgehoben.

Bei der Beratung des Entwurfes wurde diese Auslegung vom B. R. in seiner Botschaft vom 23. Okt. 1894 (B. Bl. 1894, III, 565) und im N. R. von mehreren Rednern, denen andere widersprachen, als irrig bezeichnet[1]); m. E. ganz mit Unrecht. Es ist durchaus zulässig, eine Bank mit teilweise privatem, teilweise staatlichem Kapital zu gründen, und mit entsprechend geteilter Verwaltung. Auf dieser Grundlage war der zweite Entwurf vom 24. März 1899 aufgebaut, der von den eidg. Räten bis auf die Bestimmung des Sitzes der Bank zu Ende beraten wurde. Dass eine solche Bank eine reine Staatsbank im Sinne der B. V. sei, wie der B. R. meinte, ist eine unhaltbare Behauptung. Die Verfassungsmässigkeit des vermittelnden Systems wurde auch jetzt noch bestritten[2]). Es wäre auch eine bloss auf Privatkapital gegründete, aber durch staatliche Organe verwaltete Bank, ähnlich der Deutschen Reichsbank, verfassungsmässig; oder auch eine Staatsbank mit besonderer juristischer Persönlichkeit, oder genauer: mit eigener Haftung und unter Ausschluss derjenigen des Staates[3]). Mag dies auch aus inneren Gründen irrationell erscheinen, verfassungswidrig ist es nicht, da ja eine solche Bank der Privatbank näher kommt, als wenn der Staat für sie haftet. Zweifelhafter ist es, ob auch eine unter Beteiligung der Kantone gegründete Staatsbank, wie sie das von der B. Vers. beschlossene, vom Volke ver-

---

[1]) Vgl. namentlich die Voten des Berichterstatters der Kommission, *Heller*, St. B. V, 584; V, 257; von *Scherrer-Füllemann*, ibid., 614; *Hirter*, 626; B. R. *Hauser*, 666—668. Dagegen aber die Voten von *Ador*, ibid., IV, 602; V, 267—268; *Steiger*, 634; *Keel*, 636; *Hilty*, 642; *Cramer-Frey*, V, 258, und *Heller*, V, 263; im St. R. vgl. die Voten von *Isler*, V, 630; *Hauser*, 654, 660; *Odier*, 664.

[2]) Vgl. Botschaft des B. R. vom 24. März 1899, B. Bl. 1899, II, 194; St. B. IX, 188 ff., namentlich *Ador* 199, *Théraulaz* 204, *Tissot* 232, 365. Vgl. auch den Entwurf von *Ador* und *Cramer-Frey*, St. B. V, 250; *Marcel Godet*, Das Problem der Zentralisation des schweiz. Banknotenwesens, Leipzig 1902, S. 83.

[3]) Vgl. den Antrag der Waadtländer: St. B. VI, 579—580, der von *Fehr* als verfassungswidrig bezeichnet wurde. Ibid., 610.

worfene Gesetz vom 18. Juni 1896 vorsah, in dem Rahmen des Art. 39 passt; denn wenn Abs. 2 sagt, der Bund könne sein ausschliessliches Recht zur Ausgabe von Banknoten durch eine Staatsbank ausüben, so denkt man in erster Linie an eine Bank des Staates Bund; allein mit «Staatsbank» wollte man nicht den Gegensatz von Bundes- und Kantonsbank, sondern denjenigen von Staatsbank und Privatbank ausdrücken. In der Beratung des St. R. über die Revision des Art. 39 wurde denn auch die Beteiligung der Kantone und der bisherigen Emissionsbanken an der Bundesbank mehrfach zur späteren Berücksichtigung empfohlen.

Die B. V. verlangt, dass, wenn eine Staatsbank errichtet wird, sie unter besondere Verwaltung gestellt werde, d. h. dass die Leitung der Bank ausschliesslich in Händen von Beamten sei, die in ihrer Geschäftsführung den politischen Behörden wohl Rechenschaft, aber nicht Gehorsam schulden [1]). Wird dagegen eine Aktienbank oder überhaupt eine auf Privatkapitat begründete Bank errichtet, so muss dem Bund nicht nur die Aufsicht, d. h. die Kontrolle über Befolgung der gesetzlichen Vorschriften, sondern auch die Mitwirkung in der Geschäftsführung selbst eingeräumt werden, in Anwendung des Erfahrungssatzes, dass die Aufsicht durch ausserhab der Verwaltung stehende Personen schwierig und oft unwirksam ist [2]).

Abs. 3 weist der zu schaffenden Notenbank als Hauptaufgaben die Regelung des Geldumlaufes des Landes und die Erleichterung des Zahlungsverkehrs zu; es sind das diejenigen Aufgaben, die nur durch eine zentrale Bank gelöst werden können. Das Diskontogeschäft, welches der Bank die Festsetzung des massgebenden Diskontosatzes und dadurch die Regelung des Geldumlaufes ermöglichen soll, verschafft der Bank die technisch so wichtige Deckung ihrer nicht in bar gedeckten Noten [3]). Der Scheck- und Giroverkehr, welcher die effektiven Zahlungen durch blosse Buchumschreibungen ersetzen soll, führt zur Verminderung des Notenbedarfs. Indem die B. V. der zentralen Notenbank diese ihr naturgemäss zukommenden Aufgaben zuwies, wollte sie zugleich den Kantonen und Privaten die Garantie geben, dass ihnen auf anderen Gebieten des Bankgeschäfts keine Konkurrenz erwachsen werde [4]).

Abs. 4 gibt den Kantonen Anspruch auf wenigstens zwei Drittteile des Reingewinnes nach Verzinsung des Grundkapitals und Äufnung des Reservefonds. Damit ist m. E. gesagt, dass die Kantone nur am Reingewinn,

---

[1]) Vgl. einerseits Art. 39 des verworfenen Bankgesetzes vom 18. Juni 1896; B. Bl. 1896, III, 692, anderseits Art. 12 und 13 des Bundesgesetzes betr. Erwerbung und Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes, vom 15. Okt. 1897.

[2]) Vgl. Art. 6 ff. des Bundesgesetzes betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften, vom 28. Juni 1895.

[3]) Vgl. *Ernst,* Diskontopolitik, im Handwörterbuch von *Reichesberg,* I. 791.

[4]) „Wir müssen nun im Verfassungsartikel die Kantone beruhigen und ihnen sagen: diese Bank wird nicht geschaffen, um auf anderen Gebieten Konkurrenz zu machen, sondern sie soll wirklich eine Giro- und Diskontobank sein und ihre Hauptaufgabe soll darin bestehen, dass sie einerseits die Noten ausgibt, anderseits durch den Diskonto die Valuta in der Schweiz zu regeln sucht und durch ihr Girogeschäft den Geldumlauf erleichtert, d. h. dass sie nur diejenigen Zweige betreibt, welche ihr als Notenbank zuträglich sind.“ *Isler* im St. R., St B. I, 153; ebenso *Brunner* im N. R., ibid., 280.

wie er hier bestimmt ist, beteiligt sein sollen, und nicht etwa aus dem Bankbetrieb Einnahmen ziehen sollen vor der Verzinsung des Grundkapitals und der Speisung des Reservefonds. Wichtiger als die Schaffung einer neuen Einnahme für die Kantone ist der Verfassung die Existenz der Bundesbank selber. Der Antrag, es sei von der Bank dem Bund zu Handen der Kantone eine Steuer von ½% der Emission (oder des Umlaufs) vor der Verzinsung des Grundkapitals und der Speisung des Reservefonds zu zahlen, wie er im N. R. von *Théraulaz*, im St. R. von *Reichlin* gestellt wurde, ist daher verfassungswidrig (vgl. auch *Scherrer-Füllemann*, St.B. XIII, 156; *Hirter*, 163). Es ist natürlich unerheblich, dass die Steuer ihrer rechtlichen Grundlage nach eine Bundessteuer wäre; auch der vom Bund aufgestellte Satz, dass so und so viel von der Bank zu erheben und unter die Kantone zu verteilen sei, vorgängig der mehrgenannten Abzüge, ist mit dem Willen der Verfassung im Widerspruch. Eine solche Besteuerung würde dem Zweck der Bank, den Geldumlauf des Landes zu regeln, direkt widersprechen[1]. — Als «*angemessene*» Verzinsung oder Dividende des Grundkapitals ist diejenige zu verstehen, die dem Nominalwert eines Anteils oder Aktie nach dermaligem Stande des Geldmarktes entspricht, oder m. a.W.: der Zinsfuss oder die Dividende müssen derart bemessen sein, dass die Anteile oder Aktien bei freiem Angebot auf dem Geldmarkt Abnehmer zum Nominalwert finden. Ungefähr auf das Gleiche käme der Massstab des «landesüblichen» Zinsfusses heraus, wie er im St.R. auch vorgeschlagen wurde (St. B. I, 158, 165). Einen eigentlichen Gewinn sollen die Teilhaber des Grundkapitals nicht machen; sie sollen nur die der Sicherheit ihrer Anlage entsprechende Geldmiete erhalten. Die «*nötigen*» *Einlagen in den Reservefonds* sind diejenigen, welche notwendig sind, um voraussichtliche Verluste in schlechten Jahren durch Zurückbehaltung eines Teiles des Reingewinnes in den guten zu decken. Wie gross diese Einlagen sein müssen, lässt sich nur nach der Ausgestaltung der Anstalt im Gesetz und nach den wirtschaftlichen Konjunkturen zur Zeit ihres Bestehens bestimmen. Ohne Zweifel kann der Gesetzgeber auch vorschreiben, dass, wenn in einem Jahr der Reservefonds angegriffen werden müsste, im nächsten Jahre nicht nur die jährliche Einlage gemacht, sondern auch die früheren Verluste gedeckt werden. Wie der den Kantonen zukommende Reingewinn unter sie zu verteilen sei, sagt die Verfassung nicht; ein im N.R. gestellter Antrag, die Verteilung nach dem Verhältnis der durch die jeweilige letzte eidg. Volkszählung ermittelten faktischen Bevölkerung vorzunehmen, wurde verworfen in der Meinung, dass es dem Gesetzgeber freistehen solle, auch die Stärke des Geldverkehrs oder die Höhe der von den Kantonen erlittenen Einbusse zu berücksichtigen[2] (vgl. Art. 32bis, Abs. 4). Es wäre daher auch ein Verteilungsmassstab, bei welchem einzelne Kantone gar nichts erhielten, nicht verfassungswidrig[3].

Über den Grundsatz des **5. Abs.** ist in den Revisionsverhandlungen sozusagen kein Wort verloren worden; die Botschaft des B.R. erläuterte

---

[1]) St.B. IX, 346—347, Votum *Hanser*: 354, X, 628—636.

[2]) St.B. I, 279, 281, 284, 287, 288, 291.

[3]) Z. B. der im N.R. gestellte Antrag *Ming*, am Gewinne nur diejenigen Kantone teilnehmen zu lassen, die Kantonalbanken mit Notenemission hatten, und im Verhältnis mit dieser Emission; aber alles Verfassungsmässige ist nicht notwendig billig und vernünftig. St.B. V, 377 ff.

bloss, die zukünftige Bundesbank solle von allen Steuern und Abgaben in den Kantonen befreit sein. Es ist daher kaum mit Sicherheit zu entscheiden, was doch in der Verfassung enthalten sein muss, ob den Kantonen die Erhebung bloss der direkten Steuern oder auch der indirekten, namentlich der Stempelgebühren, verboten ist. Ein absolutes Verbot jeder Besteuerung ist nicht anzunehmen: durch die neue Verfassungsbestimmung wollte man dem Bund nicht ein einträgliches fiskalisches Regal, wie bei der Post, sondern, unter möglichster Schonung der kantonalen Finanzen, die Besorgung einer wirtschaftlichen Funktion übertragen, die einheitlich ausgeübt werden muss; dass die Bundesbank dabei als Konkurrentin der kantonalen und privaten Banken auftreten musste, war unvermeidlich, aber nicht letztlich bezweckt. Es darf daher auch angenommen werden, dass der Bundesbank nicht Privilegien erteilt werden wollten, welche ihr in der Konkurrenz mit den übrigen Bankinstituten andere Vorteile verschafften als die mit ihrer besondern Ausgestaltung als zentrale Notenbank gegebenen; die Bundesbank soll ja nicht in ihrem Geschäftskreis alle Konkurrenz ausschliessen. Dagegen kann es den Kantonen nicht zustehen, zu ihrem Vorteil die vom Bunde im öffentlichen Interesse und aus seinen Mitteln unternommene Errichtung einer Anstalt fiskalisch zu belasten; daher sind m. E. die *konstituierenden* Geschäfte, z. B. Ausgabe von Anteilscheinen oder Aktien, von Obligationen zur Beschaffung des Betriebskapitals, Verteilung des Betriebskapitals unter die Zweiggeschäfte, Ankauf von Liegenschaften oder Gebäuden etc., als steuerfrei zu betrachten[1]), im Gegensatz zu denjenigen, welche zum Geschäftsbetrieb gehören. Dabei wird es sich allerdings ergeben, dass die eine Bundesbank 25 verschiedenen Steuergesetzgebungen unterworfen ist; allein, wenn man sie den anderen Bankgeschäften gleichstellen will, so ist es anders nicht möglich, und wenn den Kantonen in steuerrechtlicher Beziehung die Sorge für den Bankverkehr überhaupt anheimgegeben ist, so liegt kein Widerspruch darin, eine Anstalt des Bundes, welche an diesem Verkehr nur teilnehmen will und ihn vielmehr voraussetzt als schafft, kantonalem Recht zu unterstellen[2]).

Mit Botschaft vom 23. Oktober 1894 (B. Bl. 1894, III, 565) unterbreitete der B. R. der B. Vers. den Entwurf zu einem Ausführungsgesetz auf der Grundlage einer reinen Staatsbank; die B.Vers. amendierte die Vorlage hauptsächlich durch die weitgehende Beteiligung der Kantone an Verwaltung und Kapital, und erhob sie am 18. Juni 1896 zum Be-

[1]) Bei der Gründung der Bank oder später. Die gegenteilige Lösung hätte die unbillige Folge, den Kanton des Sitzes der Bank, wo die konstituierenden Geschäfte vorgenommen werden, vor allen anderen zu begünstigen.

[2]) Ist diese Auffassung richtig, so ging das Ausführungsgesetz vom 18. Juni 1896 zu weit, als es in Art. 5 sowohl alle von der Bundesbank ausgehenden Akten als die von ihr erteilten Quittungen steuerfrei erklärte; auch nicht alle Geschäfte zwischen dem Hauptgeschäft und den Filialen oder unter Filialen wären als steuerfrei zu erklären, vorausgesetzt, dass das kantonale Gesetz auch andere Bankinstitute unter gleichen Umständen besteuerte. Der zitierte Art. 5 entspricht gar keinem Prinzip. Vgl. die Verhandlungen im N. R.; St. B. V, 409, 417 ff. Dem gleichlautenden Art. 12 des Entwurfs von 1899 fügte der N. R. die Handänderungsgebühren als Ausnahme von der Steuerfreiheit bei; St. B. IX, 309. Vgl. Bundesgesetz über die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidg., vom 23. Dez. 1851, Art. 7; Bundesgesetz betr. die Bundesbahnen, vom 15. Okt. 1897, Art. 10; Posttaxengesetz vom 26. Juni 1884, Art 83; Betreibungsgesetz vom 11. April 1889, Art. 16, Abs. 2. *Salis*, I, Nr. 28—30 a.

schluss (B.Bl. 1896, III, 681). Sie wurde aber in der Referendumsabstimmung vom 28. Februar 1897 mit 255,984 gegen 195,764 St. verworfen (B.Bl. 1897, II, 27). Durch zwei Motionen dazu aufgefordert, legte der B.R. der B.Vers. schon am 24. März 1899 einen neuen Entwurf vor, der auf dem gemischten System fusste: Beteiligung von Bund, Kantonen und Privaten am Grundkapital zu je 1/3 (B.Bl. 1899, II, 194). Die eidg. Räte berieten die Vorlage durch, konnten sich aber über den Sitz der Bundesbank nicht einigen[1]. Nachdem der St.R. die Motion *von Arx*, es sei das Bundesgesetz betr. die Ausgabe und Einlösung von Banknoten, vom 8. März 1881, zu revidieren, unbeschadet der Ausführung des Art. 39 B.V. (St.B. XII, 91 ff.), angenommen, erklärte der N.R. am 20. März 1903, eine Motion *Scherrer-Füllemann*, den B.R. einladend, den eidg. Räten beförderlich einen neuen Gesetzesentwurf zur Ausführung des Art. 39 der B.V. vorzulegen, wesentlich auf Grundlage des verworfenen Bundesgesetzes vom 18. Juni 1896 (reine Staatsbank) und unter möglichster Berücksichtigung der Interessen der Kantonalbanken in folgender Fassung erheblich: Der B.R. ist eingeladen, einen neuen Gesetzesentwurf zur Ausführung des Art. 39 B.V. einzubringen (St.B. XIII, 152 bis 173)[2].

Art. 40.

Die Festsetzung von Mass und Gewicht ist Bundessache.

Die Ausführung der bezüglichen Gesetze geschieht durch die Kantone unter Aufsicht des Bundes.

I. Geschichte[3].

Zur Zeit der *Helvetik* wurde das metrische System z.T. unter den üblichen Gewichts- und Massbezeichnungen durch Gesetz vom 4. August 1801 wenigstens grundsätzlich eingeführt[4].

Weder die *Mediationsakte* noch der *Bundesvertrag von 1815* erwähnen bei den Kompetenzen der Tagsatzung die Festsetzung von Mass und Gewicht. Die Tagsatzung beschäftigte sich aber seit 1803 auf verschiedene Anregungen hin mit dem Gedanken einer einheitlichen Mass- und Gewichtsordnung für die ganze Schweiz[5], ohne indessen zu einem Ergebnis zu gelangen.

---

[1]) St.B. XI, 493. Sitzung vom 28. Juni 1901.

[2]) Die Bedenken des Motionsstellers gegen die Verfassungsmässigkeit der Revision des bestehenden Gesetzes von 1881 sind m.E. nicht zutreffend; solange der neue Verfassungsartikel nicht ausgeführt werden kann, besteht der frühere Rechtszustand weiter, und wenn das geltende Gesetz trotz Aufhebung des Verfassungsartikels, auf dem es fusste, weiterbestehen kann, so kann es mit gleichem Recht revidiert werden. Pflicht der B.Vers. ist es allerdings, so bald als möglich den neuen Art. 39 auszuführen, St.B. XIII, 154. 156. Richtig ebds. *Ador*, S. 167.

[3]) *Blumer-Morel* (2. Aufl.), I, 578.

[4]) Aktensammlung aus der Zeit der Helvetik, V, 362.

[5]) Vgl. Repertorium der eidg. Absch. 1803–1813, S. 196; 1814–1848, 1. Bd., § 68, S. 1123 ff. *Öchsli*, I, S. 608.

Der *Entwurf von 1833* bestimmte in Art. 22:

«Dem Bunde steht das Recht zu, für den Umfang der Eidgenossenschaft gleiches Mass und Gewicht einzuführen. — Die schweizerischen Masse und Gewichte sollen nach dem Dezimalsystem angeordnet und ihre Grösse so bestimmt werden, dass sie mit den durch andere Staaten eingeführten Dezimalsystemen [1]) in möglichst einfachem Verhältnisse stehen. — Ein Bundesgesetz wird bestimmen, in welcher Zeit die neuen schweizerischen Masse und Gewichte jeder Art im Innern der Kantone eingeführt werden sollen [2]).»

Am 17. August 1835 nahmen elf Stände, denen sich im folgenden Jahr ein zwölfter anschloss, konkordatsweise den vom Vororte der Tagsatzung vorgelegten Entwurf einer gemeinsamen schweizerischen Mass- und Gewichtsordnung an, deren Masseinheiten mit dem metrischen System in einfachem Verhältnis standen, nämlich 1 Fuss = $^3/_{10}$ Meter; 1 Viertel (quarteron) = 15 Liter und 1 Mass = $1^1/_2$ Liter; 1 Pfund = $^1/_2$ Kilogramm [3]).

Am 26. Juli 1836 beschloss die Tagsatzung mit 17 Stimmen, dass die neue Mass- und Gewichtsordnung in allen eidg. Verhältnissen künftighin als verbindliche Vorschrift gelten solle.

In den *Revisionsverhandlungen des Jahres 1848* schlug die Spezialkommission in Übereinstimmung mit der allgemeinen Revisionskommission der Tagsatzung vor, den Bund berechtigt zu erklären, für die ganze Eidgenossenschaft gleiches Mass und Gewicht einzuführen. Die Tagsatzung nahm zunächst den von *Freiburg* vorgeschlagenen Zusatz an: «und zwar nach den Grundlagen, welche in dem von der Mehrheit der Kantone angenommenen Konkordate vom 17. August 1835 festgesetzt worden sind», unter Ablehnung des Antrages *Tessins*, es sei das französische Dezimalsystem als Grundlage der neuen Mass- und Gewichtsordnung zu nehmen; sodann den Antrag von *Aargau*: »Es *soll* im ganzen Gebiet der Eidgenossenschaft gleiches Mass und Gewicht bestehen.»

Die Spezialkommission gab diesem Beschluss folgende kürzere Fassung, die in zweiter Beratung von der Tagsatzung unverändert angenommen und als Art. 37 in die B.V. von 1848 aufgenommen wurde:

«Der Bund wird auf die Grundlagen des bestehenden Konkordates für die ganze Eidgenossenschaft gleiches Mass und Gewicht einführen [4]).»

In der Tat wurde durch das Bundesgesetz, die Mass- und Gewichtsordnung betreffend, vom 23. März 1851 (A. S. III, 84), das Konkordatssystem zum allgemeinen schweizerischen gemacht [5]). — Nachdem die Revision des Art. 37 bei der Partialrevision des Jahres 1865 durch eine Mehrheit von Ständen verworfen worden war [6]), wurde durch Ge-

[1]) Es waren Frankreich und Baden gemeint.

[2]) Vgl. den damit bis auf den 3. Abs. wesentlich übereinstimmenden Entwurf von 1832 bei *Kaiser* u. *Strickler,* I, 230.

[3]) Offiz. Sammlung, II, 409. Vgl. den Bericht der Experten Horner und Pestaluz an die Tagsatzung: Eidg. Absch. 1834. Beilage *CC*.

[4]) Eidg. Absch. 1847, IV. Bd., S. 239, 265; wiedergegeben im B. Bl. 1851. II, 86—87.

[5]) Vgl. die Botschaft des B.R. vom 20. Juni 1851, B.Bl. 1851, II, 85, 648, und die Berichte der Mehrheit und der Minderheit, ibid., 605 u. 637. Die Minderheit wollte schon damals zum rein metrischen System übergehen und behauptete, mit Unrecht, die Verfassung gestatte dies (verbo: „Grundlagen").

[6]) Es stimmten dafür 159,202 gegen 156,396 Bürger und $9^1/_2$ gegen $12^1/_2$ Stände; die vorgeschlagene Fassung des Art. 37 war: „Die Festsetzung von Mass und Gewicht ist Bundessache."

setz vom 14. Juli 1868 (A. S. IX, 368) in verfassungsrechtlich kaum zu rechtfertigender Weise das rein metrische Mass- und Gewichtssystem als gleichberechtigt neben das bisherige gestellt.

Im Jahre 1870 nahm der B. R. die 1865 verworfene Bestimmung wieder auf; sie wurde durch alle Instanzen angenommen. Den heutigen 2. Abs. setzte der N.R. auf Antrag von B.R. *Schenk* hinzu [1]).

II. Auslegung.

1. Wie beim Münzwesen lässt sich die Mass- und Gewichtshoheit von der Herstellung der Masse und Gewichte unterscheiden [2]). Die Mass- und Gewichtshoheit ist das Recht zur Erlassung einer Mass- und Gewichtsordnung, d. h. eines in bestimmtem Umfang obligatorischen Mass- und Gewichtssystems. Denkbar wäre auch, dass der Staat ein neues Mass- und Gewichtssystem ohne allgemein verbindlichen Rechtssatz einführte, bloss dadurch, dass er es in seiner Verwaltung anwendete und so dem allgemeinen Gebrauch aufdrängte. Aus dem Worte «Festsetzung» ergibt sich, dass die B.V. dem Bund die Mass- und Gewichtshoheit zuschreibt, und zwar als Recht zur obligatorischen Einführung; der Bund hat festzusetzen, welches Mass und Gewicht gelten soll. Dagegen ist nicht anzunehmen, dass der Bund, woran niemand dachte noch jetzt denkt, das Monopol der Herstellung der Masse und Gewichte haben solle; er ist zur Herstellung nur befugt, soweit es die Durchführung seines Systems erfordert. Es ist für den Bund eine Frage der Zweckmässigkeit, ob er selbst Mustermasse aufstellen oder dies den Kantonen überlassen wolle.

2. Die Festsetzung eines bestimmten Mass- und Gewichtssystems soll der Redlichkeit und Sicherheit des Verkehrs mit messbaren Sachen dienen, und zwar in zweifacher Weise: 1. indem die abstrakten Massgrössen bestimmt werden; 2. indem kontrolliert wird, dass die im Verkehr angewendeten Mass- und Gewichtskörper jenen abstrakten Grössen entsprechen. Das erste dient der Redlichkeit und Sicherheit der *Vereinbarung* der Vertragsparteien, dass zweite sichert die vertragsmässige *Ausführung*. Dementsprechend kann sich die in Ausübung der Mass- und Gewichtshoheit getroffene Anordnung des Staates auf den Inhalt des Rechtsgeschäftes beziehen oder auf dessen Ausführung.

A. Bezieht sie sich auf den *Inhalt*, so kann festgesetzt sein, dass messbare Sachen überhaupt nur nach Mass und Gewicht des gesetzlichen Systems verkauft, vermietet etc. werden dürfen; eine solche Vorschrift dürfte indessen zu weit gehen, indem sie den Parteien, die ihre Leistungen gar nicht nach Mass oder Gewicht vereinbaren wollen (z. B. Verkauf in Bausch und Bogen), den Abschluss des Vertrages nach ihrer Absicht verunmöglichen würde. Oder es kann vorgeschrieben werden, dass, wenn die Leistungen nach Mass oder Gewicht bestimmt werden, sie nach dem gesetzlichen Mass- und Gewichtssystem bestimmt werden sollen. Das eine und andere kann wiederum vorgeschrieben sein bei Verträgen unter irgend welchen Personen oder bloss bei gewerbs-

[1]) Prot. der N.R.K. 1871, S. 52, 115; der St.R.K., S. 53; des N. R. 1872, S. 154, 546. Prot. des St. R. vom 25. Januar 1872.

[2]) *Laband*, III, 179.

mässigen Geschäften, «im Verkehr». Endlich kann in dieser Beziehung auch gar nichts vorgeschrieben sein.

Es ist Sache des Bundes, unter den verschiedenen Regelungen die richtige zu wählen; kompetent ist er zu jeder, abgesehen von der ersten aus dem bei lit. B zu erörternden Grunde. Seine Regelung darf aber auf Grund von Art. 40 B.V. nur eine polizeiliche und nicht eine privatrechtliche (z. B. Ungültigkeit des Vertrages) und im Wege des Zivilprozesses zu verfolgende sein [1]). Daher wäre der Bund als Inhaber der Mass- und Gewichtshoheit auch nicht kompetent, dispositive Rechtssätze über die Ergänzung unvollständiger Vertragsabmachungen oder Auslegungsregeln zur Feststellung zweifelhaften Parteiwillens zu erlassen, wie es Art. 7 des Gesetzes vom 22. Dez. 1851 (A. S. III, 84) tat. Nachdem Art. 64 B.V. dem Bund die ganze Zivilgesetzgebung übertragen hat, ist die Unterscheidung verfassungsrechtlich unpraktisch geworden [2]).

Das Bundesgesetz vom 3. Juli 1875 (A.S. I, 752) schreibt in Art. 14 die Anwendung der gesetzlichen Masse im Gegensatz zu anderen Massen in zwingender Weise vor (vgl. Art. 10); ebenso Art. 7 des Gesetzes vom 23. Dez. 1851.

B. Bezieht sich die gesetzliche Anordnung auf die *Ausführung* des Vertrages, so bedeutet sie, dass die zu leistende Sache nach gesetzlichem Mass und Gewicht ausgemessen oder ausgewogen werden soll; sie kann natürlich nur Anwendung finden, wenn die Leistungen, Ware oder Preis, nach Vertrag überhaupt gemessen werden sollen und nicht in Bausch und Bogen festgesetzt sind. Innerhalb dieser Grenzen kann die Vorschrift dahin lauten, dass überhaupt und in jedem Fall mit gegesetzlichem Mass nachgemessen werde, oder aber, dass nach gesetzlichem Mass gemessen werde, wenn es die Gegenpartei verlangt. Und weiter kann dieses oder jenes vorgeschrieben sein bei Erfüllung jedes Vertrages oder nur im (gewerbsmässigen) «Verkehr» («en public», Art. 9 des Bundesgesetzes vom 3. Juli 1875).

Auch kann es sich, auf Grund von Art. 40 B.V., nur um Erlass polizeilicher Vorschriften handeln, nicht privatrechtlicher. Fraglich kann aber sein, ob der Bund ausschliesslich kompetent ist oder ob nicht auch die Kantone in Ausübung ihrer Gewerbepolizei über die Verwendung von Mass und Gewicht Bestimmungen treffen können. Es ist davon auszugehen, dass Art. 40 B.V. als Hauptzweck die Vereinheitlichung der in der Schweiz verwendeten Masse und Gewichte verfolgt. Sache des Bundes ist es daher, zu bestimmen, welches Mass und welches Gewicht zu gebrauchen ist, aber nicht, dass überhaupt nach Mass oder Gewicht verkauft oder geliefert werden soll. Eine mass- und gewichtspolitische Bestimmung ist es, welches Mass oder Gewicht anzuwenden ist; eine gewerbepolizeiliche, dass im Vertrage die Leistungen nach Mass und Gewicht zu bestimmen sind und dass bei Erfüllung des Vertrages auf Verlangen oder ohne Verlangen der Gegenpartei auszumessen oder auszuwägen ist. Daher ist es nicht kraft Art. 21, Abs. 2, des Bundesgesetzes vom 3. Juli 1875, sondern kraft B.V. Sache der Kantone, vorzuschreiben, dass das Brot nach bestimmtem Gewicht

[1]) So B. Ger. vom 1. März 1889 i. S. Züger, XV, 280.
[2]) Nicht aber bei Auslegung des Ausführungsgesetzes.

verkauft und beim Verkauf ausgewogen werde[1]. Mit Petition vom 1. Februar 1892 ersuchte das Zentralkomitee des schweizerischen Bäcker- und Konfiseurverbandes um Erlass einer bundesrechtlichen Vorschrift des Inhalts, dass das Brot beim Verkauf nachzuwägen und dem Gewichte nach zu verkaufen sei, im Gegensatz zu der mancherorts bestehenden und bundesrechtlich geschützten (s. Art. *31*) unausführbaren Vorschrift, dass die Brotlaibe ein bestimmtes Gewicht haben müssen. Der B.R. nahm in seinem Bericht vom 1. März 1892 an, der Bund sei zu einer solchen Verfügung auf Grund des Art. 40 B.V. kompetent, beantragte aber, lediglich auf die bisherige Praxis zurückzukommen und die von den Petitionären kritisierte Vorschrift als mit Art. 31 B.V. unvereinbar zu erklären, wie er es selbst s. Z. gewollt hatte. Die eidg. Räte beschlossen den 9. Dez. 1892, der Petition keine weitere Folge zu geben (B.Bl. 1892, I, 845; 1893, II, 4).

Aus dem gleichen Grunde können die Kantone vorschreiben, dass andere Lebensmittel oder Waren, z. B. Heizmaterial, Flaschenbier, Mineralwasser und im Wirtshaus ausgeschenkte Getränke nur in Quantitäten verkauft werden, die den gesetzlichen Massen entsprechen, und bei der Lieferung ausgewogen oder ausgemessen werden, während es wieder Sache des Bundes ist, dafür zu sorgen, dass die verwendeten Massinstrumente den vorgeschriebenen Grössen entsprechen[2]. Diese Kompetenzgrenzen sind in den ausführenden gesetzlichen und reglementarischen Vorschriften weder klar erkannt noch scharf eingehalten[3].

Zur Kontrolle der Befolgung der gesetzlichen Vorschriften genügt die Aufstellung abstrakter Regeln nicht, es bedarf der Prüfung jedes einzelnen Mass- und Wäginstrumentes; dies ist vornehmlich die durch Abs. 2 des Art. 40 den Kantonen vorbehaltene Ausführungstätigkeit. Die Übereinstimmung des Masses oder Gewichtes mit den gesetzlichen Grössen wird durch die Eichung amtlich festgestellt. Kraft seines Aufsichtsrechtes ist der Bund befugt, zwecks einheitlicher Durchführung die Grundsätze, nach welchen die Kontrolle ausgeübt werden soll, zu bestimmen. Der B.R. hatte am 19. Januar 1904 (B.Bl. 1904, I, 78, 84) über die Beschwerden von zwei Brauereien zu entscheiden, die mit Busse bestraft worden waren, weil sie ihre Bierfässchen nicht nach zwei Jahren hatten eichen lassen, wie es eine bündnerische Verordnung vorschreibt, während die Vollziehungsverordnung zum Bundesgesetz, vom 24. Nov. 1899, Art. 15 und 68 (A.S. XVII, 470, 518) nur eine dreijährliche Erneuerung der Eichung vorschreibt. Der B.R. trat auf die Sache selbst wegen Inkompetenz nicht ein; es wäre aber m. E. zu gunsten der Bierbrauer zu entscheiden gewesen. Die Kantone mögen als Inhaber der Gewerbepolizei entscheiden, ob das Bier nach Liter oder per Fass ohne Literangabe verkauft werden darf; wird es aber

---

[1]) *Salis*, II, Nr. 872, 874. 1. Aufl., II, Nr. 598.

[2]) Es ist klar, dass sich die Kontrolle auf diejenigen Vorrichtungen erstreckt, welche zur Vergleichung der Warenmengen mit den abstrakten Massgrössen, m. a. W. zur Messung dienen, wie Wagen, Gas- und Wassermesser (Art. 11 des Gesetzes). Der Bund ist daher zweifellos kompetent, gewisse Arten von Wagen und Messinstrumenten im Verkehr zuzulassen, andere zu verbieten. Vgl. Vollziehungsreglement vom 22. Okt 1875, A. S. I, 760, und die jetzt geltende V. V. vom 24. Nov. 1899, Art. 76 ff., A. S. XVII, 526.

[3]) Vgl. Art. 15 des Bundesgesetzes und B. R. B. vom 29. Mai 1891 betr. den Handel mit Brennholz, A. S. XII, 122; ferner den Rekursentscheid vom 1. Juni 1891 i. S. Sibilin u. Kons., B. Bl. 1891, III, 291.

nach Liter verkauft, so ist es Sache des Bundes, zu bestimmen, wie die Richtigkeit des im Handel angewendeten Masses zu kontrollieren ist; schreibt die eidg. Vollziehungsverordnung für Bierfässer eine dreijährige Revision vor, so hat es dabei sein Bewenden, wenn nicht den Kantonen die Befugnis eingeräumt ist, strengere Bestimmungen aufzustellen, was hier nicht anzunehmen ist.

3. Das Ausführungsgesetz vom 3. Juli 1875 stellt nur ein System von *Längen-, Flächen-, Hohl-* und *Gewichtsmassen* auf, und zweifelsohne hatte man bei der Beratung des Art. 40 B.V. nur diese Masse, die damals eidgenössischer Regelung bedurften, vor Augen. Es kann sich aber fragen, ob sich die Kompetenz des Bundes darauf beschränkt oder ob er auch *andere Masse* festzustellen kompetent wäre, z. B. zur Messung des Fettgehaltes der Milch oder des Alkoholgehaltes gebrannter Wasser oder geistiger Getränke, u. dgl. Die Frage ist m. E. zu bejahen; der bei der Aufnahme des Art. 40 in die B.V. massgebende Gedanke der einheitlichen Festsetzung des Masses für die ganze Schweiz, zur grösseren Sicherheit und Lauterkeit des Verkehrs, spricht für die Kompetenz des Bundes überall da, wo der Verkehr Masse verwendet und ihre gesetzliche Normierung erforderlich erscheint; wenn anders Art. 40, wie doch anzunehmen ist, der Ausdruck eines Grundsatzes sein soll.

Wenn es daher üblich würde, den Preis der Milch nach dem Fettgehalt, denjenigen geistiger Getränke nach dem Alkoholgehalt zu bemessen, so wäre der Bund sicher befugt, eine obligatorische Gradeinteilung dieser Gehalte aufzustellen und die Richtigkeit der Messinstrumente zu kontrollieren. Das Gleiche ist zu sagen von Energiemassen; sollte sich das Bedürfnis der Feststellung einer allgemein anerkannten oder neuen Methode zur Messung der Wärme, des Druckes komprimierter Körper (z. B. der Kohlensäure), der Elektrizität oder der natürlichen Wasserkraft zeigen, so wäre es Sache des Bundes, eine obligatorische Massordnung aufzustellen[1]. Das gleiche wäre von der Zeit zu sagen, wenn ein einheitliches Zeitmass ohne gesetzliche Normierung nicht zur allgemeinen Anerkennung gelangen sollte[2].

Art. 41.

Fabrikation und Verkauf des Schiesspulvers im Umfange der Eidgenossenschaft stehen ausschliesslich dem Bunde zu.

Als Schiesspulver nicht brauchbare Sprengfabrikate sind im Regal nicht inbegriffen.

---

[1]) Der B. R. beschäftigte sich anlässlich des Gesetzes betr. elektrische Schwach- und Starkstromanlagen, vom 24 Juni 1902, A. S. XIX, 259, mit dem Gedanken der Aufstellung verbindlicher Vorschriften über elektrische Masseinheiten. Vgl. Botschaft vom 5. Juni 1899, B. Bl. 1899, III, 792. Solche Vorschriften bestehen in Deutschland.

[2]) Als es sich um die Einführung der mitteleuropäischen Zeit handelte, ordnete der B. R. die Zählung nach derselben lediglich in den schweizerischen Verkehrsanstalten und in der eidg. Verwaltung an, was sie zur allgemeinen Geltung brachte. B. R. B. und Kreisschreiben vom 11. Dez. 1893, B. Bl. 1893, V. 552. B. R. B. vom 11. Mai 1894, B Bl. 1894, II, 618.

I. Geschichte [1].

Das *helvetische* Gesetz vom 17. November 1798 erklärte die Fabrikation des Schiesspulvers als Staatsvorrecht [2]. Mit der *Mediationszeit* ging es aber wieder an die Kantone über [3]. Der Vorschlag, dem Bunde das Monopol der Fabrikation und des Verkaufes des Schiesspulvers zu geben, wurde erst im Entwurf von 1832 gemacht, dessen Art. 29 mit dem Abs. 1 des heutigen Art. 41 bis auf die Weglassung der Artikel vor «Fabrikation» und «Verkauf» übereinstimmt. Die Tagsatzung setzte an dessen Stelle eine viel engere Bestimmung: «Der Bund ist befugt, Schiesspulver sowohl für seinen eigenen Bedarf als zu allfälligem Verkauf an die Pulververwaltung der Kantone zu verfertigen.»

1848 schlug die *Revisionskommission* die Aufnahme der Bestimmung von 1832 vor, sowohl um dem Bund eine Einnahme zu verschaffen, deren Verlust denjenigen Kantonen, die das Regal besassen, nicht empfindlich sein konnte, als im militärischen Interesse der Eidgenossenschaft [4]. Die Tagsatzung stimmte diesem Antrag zu und verwarf die beantragten Zusätze über die Entschädigung der Kantone oder Abnahme ihrer zur Pulverfabrikation bestimmten Gebäulichkeiten [5].

Im Jahre 1865 stellte Hauptmann Philipp Massip das Gesuch, es möchte ihm die Fabrikation und der Verkauf eines von ihm erfundenen, als Schiesspulver untauglichen Sprengstoffes gestattet werden; die B. Vers. wies das Gesuch ab, mit der Erwägung, das Sprengpulver sei schon früher im Regal des Schiesspulvers inbegriffen gewesen, als dieses Regal noch den Kantonen zugestanden habe. Bei den Revisionsverhandlungen der Jahre 1871—72 beantragte bereits die N. R. K., dem damaligen Art. 38 einen mit dem heutigen übereinstimmenden 2. Absatz beizufügen. Die St. R. K. stimmte einstimmig zu, obschon sie sich nicht verhehlte, dass der Bund infolge der geringeren Verwendung seines Fabrikates als Sprengpulver eine Einbusse erleiden würde [6]. Die eidg. Räte nahmen diesen Zusatz an [7]. Als Massip aber 1872 sein Gesuch bei der B. Vers. wiederholte, beauftragte diese den B. R., die Frage der Abänderung des Ausführungsgesetzes vom 30. April 1849 (A. S. I, 165) im Sinne des Gesuches zu untersuchen; der B. R. beantragte mit Botschaft vom 13. Nov. 1872 das Regal auf solche Sprengpulver, die nicht als Schiesspulver brauchbar sind, zu beschränken (B. Bl. 1872, III, 601). In diesem Sinne wurde das Ausführungsgesetz vom 30. April 1849 durch das Ergänzungsgesetz vom 26. Juli 1873 ergänzt (A. S. XI, 253). Bald darauf wurde die Fassung des Revisionsentwurfes von 1872 ohne Widerspruch in den neuen Entwurf aufgenommen [8].

---

[1]) *Blumer-Morel,* II. S. 392.
[2]) Aktensammlung aus der Zeit der Helvetik, III, 586.
[3]) Beschluss der Tagsatzung vom 9. Aug. 1803. Repertorium der eidg. Absch. 1803 bis 1813, 2. Aufl., S. 250.
[4]) Prot. der Revisionskommission, S. 67, 68, 154, 172.
[5]) Abschiede, 1847. IV, S. 240. Der Bund übernahm indessen miet- oder kaufweise die Gebäulichkeiten und Materialien der Kantone und der Privaten, wo kein Regal bestand, und entschädigte sie in dieser Weise; B. Bl. 1850, III, nach S. 150, S. 62 ff.
[6]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 116, 218. Prot. der St. R. K. 1871, S. 54.
[7]) Prot. des N. R. 1872, S. 155, 516. Prot. des St. R. vom 26. Januar 1872.
[8]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 85. 328.

II. Auslegung.

Als es sich anlässlich des Rekurses Massip im Jahre 1866 um die Bestimmung des Begriffes «*Schiesspulver*» handelte, standen sich zwei grundsätzliche Auffassungen gegenüber. Die eine stellte als entscheidendes Merkmal auf: die Brauchbarkeit zum Schiessen mit Feuerwaffen, die andere die Zusammensetzung des herkömmlichen Schiesspulvers (Kohle, Schwefel und Salpeter). Die erste Auffassung bot die Schwierigkeit, dass im Widerspruch mit der früheren Praxis das Sprengpulver, das gleich zusammengesetzt, aber anders verarbeitet war als das Schiesspulver, nicht unter das Regal fiel und diesem seine beste Einnahme entzog, und dass bei Freigebung der Fabrikation von Sprengpulvern mit wesentlich gleicher Zusammensetzung wie das Schiesspulver die unberechtigte Fabrikation dieses und der Gebrauch des Sprengpulvers zum Schiessen mit Kriegswaffen kaum zu verhindern waren. Die zweite Auffassung führte dagegen dazu, sowohl Schiess- wie Sprengpulver anderer Komposition als nicht regalpflichtig zu erklären, abgesehen von der schwierigen Unterscheidung zwischen Stoffen gleicher und ungleicher Komposition.

Indem die B. Vers. den 2. Absatz des Art. 41 aufnahm, schien sie das erste Merkmal zum Kriterium zu erheben, wie dies noch deutlicher die Fassung des Gesetzes vom 26. Juli 1873 (A. S. XI, 253) sagt: Art. 1. «Das Pulverregal im Sinne des Art. 38 der B. V. umfasst:

a) das für Schiesswaffen aller Art dienliche Pulver;

b) das sog. Sprengpulver, soweit es als Schiesspulver brauchbar ist. Dagegen sind die als Schiesspulver nicht brauchbaren Sprengfabrikate im Regal nicht inbegriffen.»

Sicher ist, dass jedes als Schiesspulver brauchbare Fabrikat, welches immer seine Zusammensetzung sei, regalpflichtig ist; sobald daher ein bisher unbekannter Stoff, der zum Schiessen dienlich ist, erfunden, oder ein bekannter Stoff durch eine kleine Veränderung in der Zusammensetzung zum Schiessen dienlich gemacht wird, oder ein bisher dazu unbrauchbares Pulver durch Veränderung der Schiesswaffen brauchbar wird, wird es auch vom Regal ergriffen. Zweifelhaft bleibt aber, ob Sprengstoffe gleicher oder ähnlicher Zusammensetzung wie das alte schwarze Schiesspulver unter das Regal fallen. Durch die Erledigung, die der Fall Massip erfahren hat, ist zugleich entschieden, dass Fabrikate, deren Zusammensetzung auf gleichem Prinzip beruht wie diejenige des alten Pulvers, wo ein chemischer Stoff durch einen andern chemisch gleichwertigen ersetzt ist, sofern sie infolge dieser verschiedenen Zusammensetzung als Schiesspulver untauglich werden, nicht mehr unter das Regal fallen. Dagegen kann es nicht die Absicht der B. Vers. gewesen sein, ein aus den gleichen oder wesentlich gleichen Stoffen zusammengesetztes Fabrikat (z. B. Ersetzung des Kalisalpeters durch den schlechteren Natronsalpeter), welches nur wegen der weniger innigen Mischung der Komponenten nicht als Schiesspulver dienlich ist, wie dies tatsächlich beim Sprengpulver des Bundes der Fall ist, vom Regal auszunehmen; einmal weil die B. Vers. das Monopol der Fabrikation von Sprengpulver, wie sie der Bund bisher betrieb, nicht preisgeben wollte, und sodann weil solches Pulver nachträglich leicht zum Schiessen dienlich gemacht werden kann.

Zum Schiessen dienlich i. S. der B. V. sind auch solche Sprengpulver, die nicht zu diesem Zweck bestimmt sind und die nur mit geringerer Schiesswirkung oder zum Schaden der Waffen gebraucht werden können, im Gegensatz zu solchen Sprengpulvern, die eine sichere Schusswirkung überhaupt nicht erreichen oder nur mit Gefahr des Schützen zu gebrauchen sind; denn wie bemerkt, wurde das Pulverregal nicht nur im finanziellen, sondern auch im militärischen Interesse des Bundes eingeführt.

Es ergibt sich daraus, dass der Bund die Fabrikation von Sprengpulvern, die auch als Schiesspulver brauchbar, aber schlecht qualifiziert sind, verbieten kann, weil sie i. S. der B. V. als Schiesspulver brauchbar sind, dass er sie dagegen, weil sie tatsächlich und ihrer rechtmässigen Bestimmung nach Sprengpulver sind, nicht selber fabrizieren soll; denn die Fabrikation des schwarzen Sprengpulvers durch den Bund kann nach der Revision des Art. 41 B. V. nur noch als eine Ausnahme vom Prinzip betrachtet werden. Der Bund wird daher in solchen Fällen die Privatfabrikation kraft besonderer Verleihung gestatten, solange sich keine Missbräuche zeigen.

Art. 42.

Die Ausgaben des Bundes werden bestritten:

a) aus dem Ertrag des Bundesvermögens;

b) aus dem Ertrag der schweizerischen Grenzzölle;

c) aus dem Ertrag der Post- und Telegraphenverwaltung;

d) aus dem Ertrag der Pulververwaltung;

e) aus der Hälfte des Brutto-Ertrages der von den Kantonen bezogenen Militärpflichtersatzsteuern;

f) aus den Beiträgen der Kantone, deren nähere Regulierung, vorzugsweise nach Massgabe der Steuerkraft derselben, der Bundesgesetzgebung vorbehalten ist.

I. Geschichte [1].

Die *Mediationsakte* sah als einzige Einnahme des Bundes die Geldbeiträge der Kantone vor, die in Art. 2 in bestimmten Beträgen angeführt waren. Indessen wurde die Tagsatzung, wie bei Art. *28*, S. 253, bemerkt, schon 1806 genötigt, eidg. Grenzgebühren einzuführen.

Als die Kontinentalsperre ausser Kraft gesetzt wurde, beschloss die Tagsatzung den 26. Nov. 1813, zu teilweiser Bestreitung der aus der Grenzbesetzung zur Aufrechterhaltung der Neutralität erwachsenden Kosten eine Eingangsgebühr von allen eintretenden Waren an den bis-

[1]) *Schollenberger*, Kommentar, S. 324. *Hottinger*, Der Staatshaushalt der schweiz. Eidgenossenschaft und ihrer Republiken, Zürich 1847.

herigen Grenzbureaux zu erheben, um nicht die von den Kantonen kaum aufzubringenden Geldkontingente einfordern zu müssen. Demgemäss wurde schon in den Entwurf eines Bundesvertrages vom 10. Mai 1814 die Bestimmung aufgenommen, dass zur Unterstützung der Geldbeiträge der Kantone eine Kriegskasse gebildet werden solle, zu welchem Ende eine Einfuhrgebühr auf diejenigen Waren zu legen sei, die nicht allgemeines Bedürfnis sind und in der Schweiz verbraucht werden (Art. 5)[1]. Die Grenzgebühren wurden zwar durch Tagsatzungsbeschluss vom 8. Mai 1814 wieder aufgehoben (Absch. 1884, I, S. 175); die obige Bestimmung des Entwurfes vom 10. Mai 1814 ging aber etwas verändert in den *Bundesvertrag von 1815*, § III, über:

«Die Geldbeiträge zur Bestreitung der Kriegskosten und anderer Ausgaben des Bundes werden von den Kantonen nach folgendem Verhältnis entrichtet: (Folgt die Geldskala.)

«Diese Verteilung der Geldbeiträge soll ebenfalls durch die nächst bevorstehende ordentliche Tagsatzung durchgesehen und mit Rücksicht auf die Beschwerden einiger Kantone berichtigt werden. Eine ähnliche Revision soll späterhin, wie für die Mannschaftskontingente, von 20 zu 20 Jahren statthaben. — Zur Bestreitung der Kriegskosten soll überdies eine gemeineidgenössische Kriegskasse errichtet werden, deren Gehalt bis auf den Betrag eines doppelten Geld-Kontingents anwachsen soll. — Diese Kriegskasse soll ausschliesslich nur zu Militär-Kosten bei eidgenössischen Auszügen angewendet, und in sich ergebenden Fällen die eine Hälfte der Ausgaben durch Einziehung eines Geld-Kontingents nach der Skala bestritten und die andere Hälfte aus der Kriegskasse bezahlt werden.»

Abs. 5—7 vgl. oben bei Art. 28.

Diese Kriegskasse, welche bis 1848 das Vermögen des Bundes ausmachte, erhielt die 3 Millionen Kriegsentschädigung, die beim zweiten Pariserfrieden der Schweiz zufielen[2].

Gemäss der vorgeschlagenen Zentralisierung der Post- und Pulververwaltung bestimmte der *Entwurf von 1832*:

Art. 35. «Die Ausgaben des Bundes werden ordentlicher Weise bestritten:

a) aus den Zinsen des Kapitalfonds;
b) aus dem Ertrag der schweizerischen Grenzgebühren;
c) aus dem Ertrag der Postverwaltung;
d) aus den Einkünften der Pulververwaltung.

«Sofern die ordentlichen Einnahmen nicht hinreichen, treten die unmittelbaren Beiträge der Stände nach folgender Skala ein: . . . . . .»

(Folgt die Geldskala.)

Die Tagsatzung strich gemäss anderwärtigem Beschlusse den Ertrag der Postverwaltung, führte aber als weitere ordentliche Einnahme (zur Bestreitung der «jährlichen» Ausgaben des Bundes) $^1/_6$ des skalamässigen Geldkontingents hinzu. Sollten diese Mittel nicht ausreichen, so war der Bund zunächst auf den Ertrag des Postregals in den Kantonen, die es besassen, angewiesen bis auf $^1/_4$ des reinen Ertrages des

---

[1]) *Kaiser* u. *Strickler*, I, 163—164.

[2]) *Alb. Huber*, Die Entwicklung des eidg. Zollwesens, 1890, S. 8. 25. 30, 33—35.

vorhergehenden Jahres, und zuletzt wiederum auf die Geldbeiträge der Kantone. Nach beiden Entwürfen sollte die Geldskala nach Annahme der Bundesurkunde und von da an alle 20 Jahre revidiert werden.

Die erhebliche Erweiterung der Bundeskompetenzen *im Jahre 1848* führte zur viel umstrittenen Frage, welche neuen Einkünfte dem Bunde gesichert werden sollen. Die Revisionskommission schlug vor, dem Bund als neue Einnahmen die Erträgnisse des Pulvermonopols, der Zölle und der Postverwaltung zu geben; den beiden letzten Einnahmen standen aber die Entschädigungen an die Kantone gegenüber, so dass im zukünftigen Bundeshaushalt ein mutmassliches Defizit von 3 Millionen auf Grund des Entwurfes ausgerechnet wurde. *Bern* schlug vor, dem Bund die ganzen Post- und Zolleinnahmen zuzuteilen und diesen Verlust den Kantonen durch Übernahme entsprechender Lasten, nämlich des Militärs und des Unterhalts der Haupttransitstrassen, auszugleichen. Die Vertreter der Kantone fanden aber die Kompensation nicht genügend und von ungleicher Wirkung, je nach den bisherigen Leistungen der Kantone für Militär und Strassenbau. Es blieb daher dabei, dass der Bund auf die Zoll-, Post- und Pulvereinnahmen angewiesen wurde, nach vorheriger Entschädigung der Kantone aus den beiden ersten. Trotzdem sollten, in der Meinung der Stände, die Geldbeiträge der Kantone die Ausnahme bleiben, wenn auch eine Beschränkung auf ausserordentliche Fälle nicht ausgesprochen wurde [1].

Art. 39 der 1848er Verfassung lautete:

«Die Ausgaben des Bundes werden bestritten:

a) aus den Zinsen der eidgenössischen Kriegsfonds;

b) aus dem Ertrag der schweizerischen Grenzzölle;

c) aus dem Ertrag der Postverwaltung;

d) aus dem Ertrag der Pulververwaltung;

e) aus Beiträgen der Kantone, welche jedoch nur in Folge von Beschlüssen der B. Vers. erhoben werden können.

«Solche Beiträge sind von den Kantonen nach Verhältnis der Geldskala zu leisten, welche alle 20 Jahre einer Revision zu unterwerfen ist. Bei einer solchen Revision sollen teils die Bevölkerung, teils die Vermögens- und Erwerbsverhältnisse der Kantone zur Grundlage dienen.»

Dieser finanzielle Ausgleich musste revidiert werden, als man sich im Jahre *1872* anschickte, die Aufgaben des Bundes, namentlich auf dem Gebiete des Militärwesens, zu erweitern. Schon die Abschaffung des Kontingentssystems und die dadurch bewirkte Vermehrung des Heeres musste die Ausgaben vermehren, noch mehr aber die Übernahme des gesamten Unterrichts, der Bewaffnung, Ausrüstung und Bekleidung durch den Bund, wie es die N. R. K. beschloss; daneben kamen noch die vermehrten allgemeinen Verwaltungskosten (B. Ger., Referendum etc.) und neue Ausgaben für verschiedene Verwaltungszweige, wie Forst- und Wasserpolizei, Fabrikarbeit etc., in Betracht. Die N. R. K. stellte diesen vermehrten Ausgaben gegenüber den Wegfall der Post- und Zollentschädigungen, vermehrte Zolleinnahmen und den Ertrag der Militärpflichtersatzsteuern [2]. Die St. R. K. fügte als neue Einnahme-

---

[1]) Bericht von *Kern* u. *Druey*, S. 42. Prot. der Revisionskommission, S. 59–60, 173. Absch. 1847, IV, S. 68, 168, 240, 265.

[2]) Prot. der N. R. K., S. 46, 93, 116, 218.

quelle noch hinzu: die durch Bundesgesetz einzuführende Tabaksteuer[1]). Der N.R. gab der lit. *f* ungefähr die heutige Fassung («vorzugsweise nach Massgabe der letztern»)[2]), und der St.R. stimmte nach Ablehnung einer Bundeseinkommensteuer und des Tabakmonopols mit unerheblicher Änderung zu[3]).

In seiner Botschaft vom 4. Juli 1873 rechnete der B.R. auf Grund seines Entwurfes, der die Militärpflichtersatzsteuer dem Bunde nicht zusprach, infolge vermehrter Militärausgaben ein Defizit von $1^1/_2$ Millionen aus, das jedoch durch Herabsetzung der Mehrausgaben einigermassen reduziert werden könne. Der N.R. setzte die Militärpflichtersatzsteuer wieder ein, der St.R. teilte sie zu Hälften zwischen Bund und Kantonen, nach Ablehnung des Antrages, einen Teil dem Invalidenfonds vorzubehalten; der N.R. trat dem St.R. bei[4]).

II. Auslegung.

Prüft man Art. 42 B.V. auf seinen juristischen Gehalt, so ist zu unterscheiden zwischen den einzelnen aufgezählten Einnahmen und der Aufzählung als Ganzem. Die Buchstaben *a* bis *d* enthalten keinen Rechtssatz, denn es ist klar und braucht nicht erst vorgeschrieben zu werden, dass der Ertrag des Bundesvermögens in die Bundeskasse fällt, und dass das Gleiche für die Erträgnisse der Grenzzölle, der Post- und Telegraphenverwaltung und der Pulververwaltung gilt, ergibt sich bereits aus den Art. 28, 30, 36 und 41. Dagegen spricht lit. *e* den Rechtssatz aus, dass Bund und Kantone den Ertrag der Militärpflichtersatzsteuer zu teilen haben und dass die Kantone zu Geldbeiträgen an den Bund verpflichtet sind. — Die Aufzählung als Ganzes hat gar keine rechtliche Bedeutung: weder spricht sie aus, dass die Ausgaben des Bundes nur aus diesen Einnahmen bestritten, während andere Einnahmen auf anderen Verwaltungszweigen nicht gemacht werden sollen[5]) oder etwa den Kantonen zur Verfügung zu stellen wären, — noch kann sie vorschreiben wollen, diese Einnahmen seien so zu verwalten, dass sie unter allen Umständen die Ausgaben des Bundes decken oder wenigstens decken helfen[6]). Die Aufzählung hat lediglich den Charakter einer orientierenden Übersicht über die Haupteinnahmequellen des Bundes, und ihre Aufnahme in die B.V. erklärt sich historisch: in der Mediationsakte musste die Pflicht der Kantone, Geldbeiträge zu leisten, statuiert werden; im Bundesvertrag von 1815 kam die Bestimmung über die Kriegskasse, welche damals das Bundesvermögen bildete, hinzu, deren Äufnung und Verwendung im neuen Staatenbund und als

[1]) Prot. der St. R. K., 73; sie hielt im Rate diesen Vorschlag nicht aufrecht, angesichts eines günstigeren Berichtes des B.R

[2]) Prot. des N.R. 1871—1872, S. 155, 163, 546.

[3]) Prot. des St. R. vom 26. Januar 1872. Bulletin, S. 179 ff.

[4]) Prot. der eidg. Räte 1873, S. 86—90, 238, 278, 329, 369, 371, 378. Vgl. auch Botschaft des B. R. vom 5. Juni 1894 betr. die Abgabe eines Teiles der Zolleinnahmen an die Kantone. B. Bl. 1894, III, 58.

[5]) Dies behauptete z. B. *Raisin* bez. der Banknotenkontrolle. St. B. I. 111.

[6]) In seiner Botschaft vom 5. Juni 1899 betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen nimmt der B. R. an, Art. 42 verlange, dass sich die Ausgaben und Einnahmen der Telegraphenverwaltung wenigstens die Wage halten. Wenn Art. 42 aber einen juristischen Sinn hätte, so wäre es nicht dieser, sondern der, dass die angeführten Einnahmen dem Bunde und nicht den Kantonen zukommen sollen.

Modifikation des Grundsatzes der Geldbeiträge ebenfalls geregelt werden musste; diese beiden Posten wurden 1848 beibehalten und zwischen sie hinein die neuen, dem Bunde zugedachten Einnahmen hineingeschoben, 1874 noch um eine vermehrt.

Art. 42 will nur die Steuereinnahmen des Bundes aufzählen, und zwar nur die wichtigsten; wollte er vollständig sein, so müsste er z. B. noch die Mehreinnahmen des Bundes aus den Bürgerrechtsbewilligungen, aus dem Versicherungswesen, aus der Besteuerung der Erfindungspatente, aus den Münzprägungen[1]), aus der Banknotenkontrolle und ev. aus dem Betrieb der Bundesbank, aus dem Handelsregister u. a. m. erwähnen; da aber diese kleineren Einnahmen rechtlich gleich zu behandeln sind wie die in Art. 42 angeführten grösseren, hat ihre Übergehung nichts auf sich; die anderen hätten allerdings, ausser den beiden letzten, auch unerwähnt bleiben können.

Zu *lit. e* ist zu bemerken, dass Art. 18, Abs. 4, dem Bund die Kompetenz verleiht, einheitliche Bestimmungen über den Militärpflichtersatz aufzustellen, und dass nach dem allgemeinen Grundsatz des Art. 20, Abs. 1, zweiter Satz, der Bezug der Steuer durch die Kantone geschehen muss.

Zu *lit. f*[2]): Wenn die Verfassung die «Regulierung» der Geldbeiträge der Gesetzgebung vorbehält, so meint sie damit nicht die Festsetzung eines absoluten oder eines maximalen Betrages für jeden Kanton, sondern nur des Verhältnisses, in dem die Kantone untereinander beizutragen haben. Eine Beschränkung der Beitragspflicht der Kantone wäre der B. V. zuwider. Die Verfassung will lediglich vorschreiben, dass die Beiträge nach einem billigen Massstab unter die Kantone zu verteilen sind, nämlich nach Massgabe ihrer Steuerkraft, d. h. ihres Vermögens, diese Beiträge zu leisten, womit nicht viel mehr gesagt ist, als dass die Verteilung eine gerechte sein soll; das Wort «vorzugsweise» hätte daher füglich weggelassen werden können. So wird auch der etwas anders lautende französische Text zu interpretieren sein: «en tenant compte surtout de leur richesse et de leurs ressources imposables».

Die verhältnismässige Beteiligung der Kantone an den Beiträgen ist nach Inkrafttreten der gegenwärtigen Verfassung neuerdings festgestellt worden durch das Bundesgesetz betr. die eidg. Geldskala, vom 9. März 1875 (A. S. I, 503), für 20 Jahre, wie es die B. V. von 1848 vorgeschrieben hatte; es teilte die Kantone in 8 Klassen ein, deren erste 10 Centimes und deren letzte 90 Centimes per Kopf der Bevölkerung für das einfache Geldkontingent zu zahlen hatten. Nach Ablauf der 20 Jahre wurde es durch B. B. vom 5. April 1895 (A. S. XV, 198) auf unbestimmte Zeit in Kraft erhalten.

Schon die Revisionskommission von 1832 sah ein, dass die Geldkontingente nicht zu den ordentlichen Einnahmen des Bundes gerechnet werden können, und das Gleiche war auch die Meinung der Tagsatzung 1848 und der eidg. Räte im Jahre 1874. Dass dies aber nicht sein solle, wurde nicht gesagt, und nichts lässt in Art. 42 vermuten, dass

[1]) Nach Art. 1, Abs. 3, des Münzgesetzes vom 7. Mai 1850 sollte der Gewinn aus den Neuprägungen nach Massgabe der Geldskala von 1838 unter alle Kantone verteilt werden. Vgl. B. Ges. vom 31. Januar 1860, Art. 8.

[2]) *Blumer-Morel*, II, 398.

die Geldbeiträge etwa nur unter ausserordentlichen Umständen oder zur Deckung ausserordentlicher Ausgaben [1]) eingefordert werden können; es ist der B. V. nicht einmal zu entnehmen, dass zu diesem Mittel nur mangels anderer genügenden Einnahmen gegriffen werden dürfe. Der Verfassung darf daher die keineswegs unvernünftige Meinung unterlegt werden, dass der Bund jeweilen selber darüber zu entscheiden wissen werde, ob es ratsam und billig sei, den Kantonen Geldbeiträge aufzuerlegen; die elementarste Staatsklugheit gebietet, dass es nicht ohne Not geschehe. Wenn aber der Fall der Not eintritt, so sollen die Glieder des Bundes den Gesamtstaat nicht untergehen lassen, bevor sie selber erschöpft sind. Tatsächlich geschah es seit 1848 nur einmal, nämlich im folgenden Jahre zur Deckung der Kosten des Truppenaufgebots infolge der badischen Revolution [2]).

Obgleich es die Verfassung nicht mehr sagt, ist es wohl unbestritten, dass es zur Erhebung der Geldkontingente eines Beschlusses der B. Vers., nicht bloss des B. R. bedarf. — Die Geldbeiträge werden den Kantonen als solchen auferlegt; ihre Sache ist es, die Beträge aufzubringen [3]).

Zur Orientierung seien folgende Zahlen über die Einnahmen und Ausgaben des Bundes von 1874 bis 1903 mitgeteilt [4]):

I. Ertrag des Bundesvermögens (angelegte Kapitalien)

Jahr		Betrag	Jahr		Betrag
1874:	Fr.	227,136	1895:	Fr.	1,108,135
1880:	»	450,810	1900:	»	1,140,520
1885:	»	771,691	1902:	»	640,294
1890:	»	1,057,144	1903:	»	360,047

	II. Zolleinnahmen (brutto)	Gesamtausgaben	Nach Abzug der Ausgaben für Post-, Telegraphen- u. Pulververwaltung
	Fr.	Fr.	Fr.
1874:	15,322,393	45,586,810	28,350,122
1880:	17,211,483	41,038,228	25,119,186
1885:	21,191,434	46,190,092	28,266,525
1890:	31,258,296	66,688,381	40,510,212
1895:	43,279,726	76,402,631	46,456,867 [5])
1900:	48,010,011	102,757,837	59,168,216 [5])
1902:	50,638,672	106,542,072	58,629,051
1903:	53,361,590	110,086,573	61,639,628

		III. Reineinnahmen aus der Postverwaltung		Ausgaben der Postverwaltung
1874:	Fr.	—210,203	Fr.	14,675,825 [6])
1880:	»	2,012,164	»	13,501,575

[1]) So der Bericht der St. R. K. über die Ausgabe von Kassenscheinen, vom 12. Juni 1877, B. Bl. 1877, III, 458.

[2]) Dekret vom 30. Juni 1849, wodurch ein ganzes Geldkontingent eingefordert wurde. Der B. R. stellte es den Kantonen mit Beschluss vom 3. Juli 1849 frei, den von ihnen geschuldeten Betrag mit dem ihnen noch nicht zurückbezahlten Teil des 1848 geleisteten doppelten Geldkontingents samt Zinsen zu verrechnen; B. Bl. 1849, II, 306.

[3]) Um die Schwierigkeit zu umgehen, von den Kantonen erforderlichenfalls die Beiträge zu erhalten, beantragte Dr. *Joos* am 11. Dez. 1899 im N. R., der lit. *f* folgenden Wortlaut zu geben: „aus einer auf das Vermögen, das Einkommen und den Erwerb gelegten Bundessteuer, deren Regulierung der Bundesgesetzgebung vorbehalten ist". St. B. IX, 827.

[4]) Näheres vgl. Statist. Jahrbuch der Schweiz, 1891, S. 208; 1901, S. 248; 1903, S. 252

[5]) Pulververwaltung nicht inbegriffen.

[6]) Inbegriffen Fr. 743,210 Entschädigungen an die Kantone.

III. Reineinnahmen aus der Postverwaltung			Ausgaben der Postverwaltung	
1885:	»	1,508,137	»	14,696,506
1890:	»	2,271,362	»	21,908,658
1895:	»	1,452,512	»	24,338,943
1900:	»	2,700,351	»	33,430,463
1902:	»	3,666,289	»	36,161,536
1903:	»	3,556,298	»	37,211,423

IV. Reinertrag der Telegraphenverwaltung (Telephon inbegr.)			Ausgaben derselben	
1874:	Fr.	83	Fr.	1,855,731
1880:	»	560,640	»	1,812,906
1885:	»	217,698	»	2,655,811
1890:	»	1,043,104	»	3,266,834
1895:	»	4,486,626	»	5,606,821
1900:	»	— 897,718	»	10,159,158
1902:	»	— 1,342,240	»	10,476,560
1903:	»	— 1,180,393	»	10,886,082

V. Reinertrag der Pulververwaltung			Ausgaben derselben	
1874:	Fr.	513,630	Fr.	705,132
1880:	»	138,976	»	604,561
1885:	»	125,440	»	571,250
1890:	»	95,398	»	1,002,677
1895:	»	175,356	»	1,339,087
1900:	»	209,444	»	1,210,501
1902:	»	190,000	»	1,274,925
1903:	»	170,104	»	539,545

VI. Ertrag der Militärpflichtersatzsteuer (Gesetz vom 28. Juni 1878)

1880:	Fr.	1,220,000	1900:	Fr.	1,747,098
1885:	»	1,235,412	1902:	»	1,924,754
1890:	»	1,373,779	1903:	»	1,983,205
1895:	»	1,481,415			

Der Finanzausgleich zwischen Bund und Kantonen, wie er 1874 festgestellt worden ist, hat sich für den Bund als günstig erwiesen, infolge der bedeutenden Steigerung der Zolleinnahmen. Er konnte nicht nur seine Tätigkeit auf den bisherigen Gebieten erweitern, z. B. beim Militär, Telegraph, Telephon, B.Ger., Polytechnikum, und grössere Subventionen den Kantonen gewähren, sondern auch neue Aufgaben, die grosse Anforderungen an seine Kasse oder an seinen Kredit stellen, übernehmen oder sich bereit erklären zu übernehmen, wie die Kranken- und Unfallversicherung, die Eisenbahnverstaatlichung, die Subvention der Primarschule, die erweiterte Forstpolizei und die Lebensmittelpolizei.

Sofern die rechtlichen Grundlagen des Finanzausgleichs seit 1874 verändert worden sind, ist es im ganzen zu gunsten der Kantone geschehen. Verfassungsrechtlich zuerst und am wirksamsten durch die Annahme des Art. 32[bis], welcher in Verbindung mit dem Ausführungsgesetz den Kantonen die Reineinnahmen aus dem Alkoholmonopol zuspricht; in den 15 Jahren 1888—1902 sind den Kantonen durchschnittlich Fr. 5,717,851 verteilt worden (B. Bl. 1903, II, 659), während die 14 Kantone, die noch das Ohmgeld hatten, von 1880—1884 durchschnittlich

Fr. 3,580,880 bezogen, die nun wegfielen, aber auch ohnehin wegfallen mussten[1]); durch Art. 27bis verpflichtete sich der Bund, den Kantonen Beiträge an die Kosten des Primarunterrichts zu leisten; durch den revidierten Art. 39 wurden den Kantonen wenigstens 2/3 des Reingewinnes aus dem Betrieb der Bundesbank versprochen, wobei allerdings die Einnahmen aus der Notenemission der Kantonalbanken und der Besteuerung der Notenemission aufgehoben werden müssten; durch die Revision des Art. 24 und das darauf erlassene Ausführungsgesetz vom 11. Okt. 1902 wurden grössere Beiträge an die Forstverwaltung der Kantone in der ganzen Schweiz zugesichert; durch Art. 69bis erhielt der Bund die Befugnis, über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln sowie mit anderen Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen gesundheitspolizeiliche Bestimmungen zu erlassen, in deren Ausführung er die Kantone finanziell zu unterstützen hat; durch Art. 64bis endlich wurde der Bund ermächtigt, den Kantonen zur Errichtung von Straf-, Arbeits- und Besserungsanstalten Beiträge zu gewähren und sich an Einrichtungen zum Schutze verwahrloster Kinder zu beteiligen.

Eine Anzahl von gesetzgeberischen Erlassen bewegen sich in der gleichen Richtung: das Bundesgesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden, vom 24. Juni 1892, das die kantonalen Taxen durch eine einheitliche ersetzte, verteilt den Ertrag unter die Kantone nach Verhältnis ihrer Bevölkerungszahl (Art. 7)[2]); namentlich aber durch die neueren Bundesgesetze, welche den Kantonen Subventionen erteilen auf dem Gebiete der Landwirtschaft (Gesetz vom 22. Dez. 1893), der gewerblichen und kommerziellen Berufsbildung (Gesetz vom 27. Juni 1884; B.B. vom 15. April 1891), der weiblichen Berufsbildung (B.B. vom 20. Dez. 1895)[3]).

Die Einnahmen, die der Bund seit 1874 auf neuer rechtlicher Grundlage geschaffen hat, wurden somit jeweilen nach Abzug der Kosten ganz oder beinahe den Kantonen zugewiesen: Erträgnisse des Alkoholmonopols, der Besteuerung der Handelsreisenden, Gewinn aus der Bundesbank. Trotzdem ist die Revision des Finanzausgleichs zwischen Bund und Kantonen sowohl im politischen als im finanziellen Interesse mehrmals verlangt worden; die B. Vers. beschäftigte sich mit der Frage bei der schon erwähnten Initiative betr. Abgabe eines Teiles der Zolleinnahmen an die Kantone, vom 8. April 1894; die Anhänger der Initiative kritisierten besonders, nicht ohne Grund, das System der Subventionen, welches finanziell eine mangelhafte Ausgleichung bewirke und die Kantone in die politische Abhängigkeit des Bundes bringe. Es ist in der Tat unrichtig, dass der Bund die Kantone in der Lösung von Aufgaben finanziell unterstütze und infolge dessen auch indirekt kontrolliere, die grundsätzlich den Kantonen zufallen; gehören diese Aufgaben ihrer Natur nach in den Kompetenzkreis des Bundes, so übergebe man sie ihm, zugleich aber auch die ganze Sorge für ihre Lösung; gehören sie aber

[1]) Vgl. Botschaft des B.R. vom 5. Juni 1894, B.Bl. 1894, III, 58. *J. Steiger*, Grundzüge des Finanzhaushaltes der Kantone und Gemeinden, 1903, I, S. 40.

[2]) Nach Art. 41 der Verordnung über Handelsregister und Handelsamtsblatt, vom 6. Mai 1890, kommen 1/5 der Handelsregistergebühren dem Bunde zu, die anderen 4/5 den Kantonen, wo sie bezogen werden. Vgl. Art. 16 des Reglements für die Führung der Zivilstandsregister, vom 20. Oktober 1881.

[3]) Eine Übersicht der rechtlichen Grundlagen der Bundesbeiträge findet sich bei *Steiger*, a. a. O., I, S. 48 ff.

dem Bereiche der Kantonssouveränität an, so soll der Bund nicht in die Verwaltung dieser Aufgaben hineinregieren, weil er zufällig in der Lage ist, die Kantone darin finanziell zu unterstützen. Das scheint mir das grundsätzlich Fehlerhafte des Systems zu sein [1]).

Art. 43.

Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger.

Als solcher kann er bei allen eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen an seinem Wohnsitze Anteil nehmen, nachdem er sich über seine Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat.

Niemand darf in mehr als einem Kanton politische Rechte ausüben.

Der niedergelassene Schweizerbürger geniesst an seinem Wohnsitze alle Rechte der Kantonsbürger und mit diesen auch alle Rechte der Gemeindsbürger. Der Mitanteil an Bürger- und Korporationsgütern, sowie das Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten sind jedoch hiervon ausgenommen, es wäre denn, dass die Kantonalgesetzgebung etwas anderes bestimmen würde.

In kantonalen und Gemeindeangelegenheiten erwirbt er das Stimmrecht nach einer Niederlassung von drei Monaten.

Die kantonalen Gesetze über die Niederlassung und das Stimmrecht der Niedergelassenen in den Gemeinden unterliegen der Genehmigung des Bundesrates.

I. Geschichte.

Die erste *helvetische Verfassung* vom 12. April 1798 führte das einheitliche schweizerische Bürgerrecht, unter Ausschluss des kantonalen, mit folgenden Worten ein:

Art. 19. «Alle diejenigen, welche jetzt wirkliche Bürger einer regierenden oder Munizipalstadt, eines unterworfenen oder freien Dorfes

---

[1]) Vgl. Botschaft des B.R. vom 5. Juni 1891, B.Bl. 1894, II; den Bericht der Minderheit der N. R. K., B. Bl. 1894, III, 58; die Verhandlungen der eidg. Räte im St. B., IV, 37, 142. *Steiger*, a. a. O., S. 39, 270.

sind, werden durch gegenwärtige Konstitution Schweizerbürger. — Ebenso verhält es sich mit den ewigen Einwohnern, oder die von solchen Eltern in der Schweiz geboren sind.»

Die *Mediationsverfassung*, die das schweizerische Bürgerrecht nicht mehr kannte, bestimmte in Art. 4: «Jeder Schweizerbürger ist befugt, seinen Wohnsitz in einen andern Kanton zu verlegen und sein Gewerbe daselbst frei zu treiben; er kann die politischen Rechte, gemäss dem Gesetze des Kantons, in dem er sich niederlässt, erwerben, aber dieselben nicht zu gleicher Zeit in zwei Kantonen ausüben[1].»

Die Tagsatzung beschloss, unter Ratifikationsvorbehalt, am 4. Juli 1804, es stehe den Kantonen zu, das Bürgerrecht zu erteilen; und am 14. Juli gl. J.: 1. es solle ein Zeitraum von 10 Jahren bestimmt sein (von der Annahme an gerechnet), innert welchem ein neu aufgenommener Bürger sich nicht in einem andern Kanton, falls der betreffende Kanton ihm solches vor Verfluss dieses Zeitraumes nicht freiwillig gestatte, niederlassen könne. Diese Beschlüsse erhielten am 15. Juni 1805 die Ratifikation der Mehrheit der Stände. Der zweite Artikel des letzteren wurde am 6. Juli 1805 folgendermassen gefasst: 2. Der Fremde, der ein Gemeinds- und Kantonsbürgerrecht erworben hat, und . . . . . sich in einem andern Kanton niederlassen will, ist gehalten, seinen Bürgerrechtsbrief und Heimatschein nebst einem Zeugnis sittlicher Aufführung vorzuweisen. Der vorzuweisende Heimatschein soll auch das Datum der Aufnahme als Gemeinds- und Kantonsbürger enthalten[2].

Wichtiger ist der Beschluss der Tagsatzung vom 23. Juni 1806, erneuert am 11. Juni 1807, der über die Rechte der niedergelassenen Schweizerbürger folgende Grundsätze enthält: 1. Jeder Schweizer hat das Recht, sich in einem andern Kanton niederzulassen, und daselbst jedes nach den Gesetzen des Kantons, in dem er sich niederlässt, erlaubte Gewerbe zu treiben. 2. Der sich niederlassende Schweizerbürger tritt mit Ausnahme der politischen Rechte und des Mitanteils an Gemeindegütern und jeder Art von ökonomischen Stiftungen in die gleichen Rechte, die der Kantonsbürger geniesst. 3. Die Ausübung dieser verfassungsmässigen Rechte ist unabhängig von der Religion, zu der sich der Niederlassende bekennt. 4. Diese Rechte dürfen durch keine Personal- oder Geldbürgschaft oder andere Last beschwert werden. Die Kanzleigebühr für Ausfertigung der Niederlassungsbewilligung soll in keinem Falle die Summe von Fr. 8 übersteigen. 5. Beitragspflicht an die Ausgaben der Ortspolizei. 6. «Um diese Rechte als Schweizer ausüben zu können, muss der Niederlassende einen gehörig ausgefertigten und von der Kantonsregierung legalisierten Heimatschein vorweisen.» Diejenigen Einwohner, welche zwar ihre schweizerische Herkunft durch ein Zeugnis der Kantonsregierung ausweisen können, aber kein Gemeindebürgerrecht besitzen, haben den abgehenden Heimatschein durch eine angemessene Bürgschaft zu ersetzen[3].

Der Bundesvertrag von 1815 liess die Bestimmung wieder fallen. Dagegen schlossen 12 Stände am 10. Juli 1819 ein *Konkordat*, welches folgende Grundsätze enthielt: Die Niederlassung ist zu bewilligen, wenn

---

[1] Über die enge Auslegung dieser Bestimmung durch die Tagsatzung s. *Blumer-Morel*, I, S. 378.

[2] Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., S. 199, 200.

[3] Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, S. 202 ff.

der Schweizerbürger einen Heimatschein unbeschränkter Gültigkeit nach vorgeschriebenem Formular beibringt, welcher zugleich die Erklärung enthält, dass er seit 10 Jahren Schweizerbürger sei; wenn er ein Zeugnis sittlicher Aufführung und guten Leumundes vorlegt und den Beweis leistet, dass er sich und die Seinigen ohne Belästigung der Gemeinde oder des Kantons zu ernähren im stande sei. — Die Regierung des Kantons, in dem der Niedergelassene wohnt, kann denselben in seine Heimat zurückweisen, wenn er sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig macht, sowie auch, wenn er durch Verarmung der Gemeinde oder dem Kanton zur Last fällt. — Der Niedergelassene tritt, mit Ausnahme der politischen Rechte und des Mitanteils an Gemeindegütern und frommen Stiftungen, in alle Rechte der Kantonsbürger ein. Das Niederlassungsrecht darf durch keine Personal- oder Geldbürgschaft oder andere besondere Last oder Abgabe beschwert werden, und die Kanzleigebühr für die Niederlassungsbewilligung soll den Betrag von Fr. 8 nicht übersteigen [1]).

Der *Entwurf von 1833* stellte, in sachlicher Übereinstimmung mit demjenigen von 1832, als Bedingungen der Niederlassungsbewilligung auf: die Beibringung eines Heimats- oder Angehörigkeitsscheines; eines Zeugnisses sittlicher Aufführung; und einer Bescheinigung des Besitzes der bürgerlichen Ehren und Rechte. Entzogen konnte die Bewilligung werden: 1. durch gerichtliches Strafurteil, 2. durch Verfügung der Polizeibehörden wegen Verletzung der Gesetze über die Sitten- und Armenpolizei, wegen Verurteilung zu einer nicht rein polizeilichen Strafe und wegen Verlusts der bürgerlichen Ehren und Rechte. — Der Niedergelassene sollte in alle Rechte der Kantonsbürger eintreten, die politischen Rechte und den Mitanteil an Gemeinds- und Korporationsgütern ausgenommen. Bezüglich der Gemeinde- und Kantonssteuern und -lasten stimmte der Entwurf lit. *b* und *c* beinahe wörtlich mit der nachherigen B.V. von 1848, Art. 41, Ziffer 2 und 5, überein. Die Ziffer 3 der B.V. von 1848 stand wörtlich als lit. *c* im Entwurf von 1833.

Nachdem dieser Entwurf gescheitert war, beantragte *Zürich* 1835 in der Tagsatzung die Revision des Konkordats und seine Annahme durch alle Kantone. Der vorgeschlagene Entwurf unterschied sich vom Konkordat von 1819 dadurch, dass er von dem die Niederlassung Begehrenden nicht den Nachweis verlangt, dass er sich und die Seinigen zu ernähren im stande sei, den Niedergelassenen aber auszuweisen gestattete, wenn er den schuldigen Beitrag an die Staats- und Gemeindelasten nicht zahlte. Es nahmen aber nur 6½ Stände diesen Entwurf an [2]).

In der *Revisionskommission von 1848* wurde beschlossen, die Niederlassungsfreiheit auf die Angehörigen «beider Konfessionen» zu beschränken, d. h. die Juden davon auszuschliessen; desgleichen die seit weniger als 5 Jahren ins Schweizerbürgerrecht Aufgenommenen; der Ausweis über die Erwerbsfähigkeit wurde beibehalten. In zweiter Beratung wurde der Ausdruck: «Heimat- oder *Angehörigkeitsschein*» ersetzt durch: «Heimatschein oder *eine gleichbedeutende Ausweisschrift*», weil in manchen Kantonen nur *ein* Heimatschein ausgegeben werde

[1]) Offiz. Sammlg. I, 289.
[2]) Abschiede 1834, S. 133; 1835, S. 239.

und es somit bei strikter Anwendung des Artikels separat lebenden Ehegatten unmöglich wäre, getrennte Wohnsitze zu nehmen.

In bezug auf die Gleichstellung der Niedergelassenen mit den Kantonsbürgern wurde ein Antrag, den Niedergelassenen das Recht zur Erwerbung von Liegenschaften, mit Rücksicht auf die daraus folgende vertragliche Gleichstellung der Franzosen, zu entziehen, verworfen und im übrigen dem Entwurf von 1833 zugestimmt[1].

Die Tagsatzung nahm diesen Vorschlag mit unwesentlichen Änderungen an; ein Antrag *Berns*, «dass die Niederlassung erteilt werden müsse, sofern der Betreffende im stande sei, sich durch einen Heimatschein als Schweizerbürger auszuweisen», und ihm alsdann die gleichen politischen und bürgerlichen Rechte zu geben, wurde abgelehnt[2].

Die politischen Rechte der Niedergelassenen wurden von der Revisionskommission in einem besonderen Artikel behandelt, in Verbindung mit dem Bürgerrecht:

Art. 40. «Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger. Als solcher kann er die politischen Rechte in jedem Kanton ausüben.»

In der Tagsatzung verlangte *Baselstadt* Streichung dieses Artikels und entsprechende Änderung des vorhergehenden; richtiger sei es, die Naturalisation zu erleichtern als Nichtbürgern die politischen Rechte zu geben. Der Antrag blieb aber in Minderheit. Dagegen wurde Art. 40 nach dem Antrag Genfs dahin eingeschränkt, dass der Niedergelassene politische Rechte nur in eidgenössischen und kantonalen Angelegenheiten ausüben könne[3].

Die Art. 41 und 42 lauteten danach in der B.V. von 1848:

Art. 41. «Der Bund gewährleistet allen Schweizern, welche einer der christlichen Konfessionen angehören, das Recht der freien Niederlassung im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft, nach folgenden näheren Bestimmungen:

1. Keinem Schweizer, der einer der christlichen Konfessionen angehört, kann die Niederlassung in irgend einem Kanton verweigert werden, wenn er folgende Ausweisschriften besitzt:

a) einen Heimatschein oder eine andere gleichbedeutende Ausweisschrift;

b) ein Zeugnis sittlicher Aufführung;

c) eine Bescheinigung, dass er in bürgerlichen Ehren und Rechten stehe;

und wenn er auf Verlangen sich ausweisen kann, dass er durch Vermögen, Beruf oder Gewerbe sich und seine Familie zu ernähren im stande sei.

Naturalisierte Schweizer müssen überdies die Bescheinigung beibringen, dass sie wenigstens fünf Jahre lang im Besitze eines Kantonsbürgerrechts sich befinden.

2. Der Niedergelassene darf von Seite des die Niederlassung gestattenden Kantons mit keiner Bürgschaft und mit keinen anderen besonderen Lasten behufs der Niederlassung belegt werden.

---

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 35, 155, 173.

[2] Abschiede 1847, S. 74, 266.

[3] Prot. der Revisionskommission, S. 155, 174; Absch 1847, IV, S. 81, 268.

3. Ein Bundesgesetz wird die Dauer der Niederlassungsbewilligung, sowie das Maximum der zur Erlangung derselben zu entrichtenden Kanzleigebühren bestimmen.

4. Der Niedergelassene geniesst alle Rechte der Bürger des Kantons, in welchem er sich niedergelassen hat, mit Ausnahme des Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten und des Mitanteils an Gemeinde- und Korporationsgütern. Insbesondere wird ihm freie Gewerbsausübung und das Recht der Erwerbung und Veräusserung von Liegenschaften zugesichert, nach Massgabe der Gesetze und Verordnungen des Kantons, die in allen diesen Beziehungen den Niedergelassenen dem eigenen Bürger gleich halten sollen.

5. Dem Niedergelassenen anderer Kantone können von Seite der Gemeinde keine grösseren Leistungen an Gemeindelasten auferlegt werden als Niedergelassenen des eigenen Kantons.

6. Der Niedergelassene kann aus dem Kanton, in welchem er niedergelassen ist, weggewiesen werden:

a) durch gerichtliches Strafurteil;

b) durch Verfügung der Polizeibehörden, wenn er die bürgerlichen Rechte und Ehren verloren hat, oder sich eines unsittlichen Lebenswandels schuldig macht, oder durch Verarmung zur Last fällt, oder schon oft wegen Übertretung polizeilicher Vorschriften bestraft werden musste.»

Art. 42. «Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger. Als solcher kann er in eidgenössischen und kantonalen Angelegenheiten die politischen Rechte in jedem Kanton ausüben, in welchem er niedergelassen ist. Er kann aber diese Rechte nur unter den nämlichen Bedingungen ausüben wie die Bürger des Kantons, und in Beziehung auf die kantonalen Angelegenheiten erst nach einem längeren Aufenthalte, dessen Dauer durch die Kantonsgesetzgebung bestimmt wird, jedoch nicht über zwei Jahre ausgedehnt werden darf.

«Niemand darf in mehr als einem Kanton politische Rechte ausüben.»

Bei der Partialrevision von *1865—66* beantragte der B. R. durch Botschaft vom 1. Juli 1865 (B. Bl. 1865, III, 33) der B. Vers. und diese durch Beschluss vom 19. Okt. 1865 dem Volke und den Ständen, Art. 41 abzuändern: 1. durch Streichung der Worte: «welcher einer der christlichen Konfessionen angehört», 2. durch Streichung des Ausweises über Vermögen oder Erwerbsmittel, 3. durch die Aufhebung der Bestimmung betr. die naturalisierten Schweizer, was in der Abstimmung vom 14. Januar 1866 mit 170,031 gegen 149,401 Stimmen und 12½ gegen 9½ Standesstimmen angenommen wurde (B. Bl. 1866, I, 117).

In seiner Botschaft vom 17. Juni *1870* schlug der B. R. vor, das Erfordernis des Leumundszeugnisses zur Erlangung der Niederlassung zu streichen und neben dem Heimatschein (oder gleichbedeutender Ausweisschrift) nur eine Bescheinigung zu verlangen, dass der Schweizerbürger nicht durch gerichtliches Strafurteil seine bürgerlichen Rechte und Ehren verloren habe; der Niedergelassene sollte weggewiesen werden können «durch gerichtliches Urteil oder wenn er durch Verarmung zur Last fällt». — «Der Niedergelassene geniesst alle Rechte der Bürger des Kantons, in welchem er sich niedergelassen hat, mit Ausnahme des Mitanteils an Gemeinde- und Korporationsgütern. — In betreff des Stimm-

rechts in Gemeindeangelegenheiten ist er dem niedergelassenen Kantonsbürger gleichzustellen. Gänzlicher Ausschluss aller Niedergelassenen vom Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten ist jedoch unzulässig.» Als Ziffer 7 fügte der B. R. bei: «Der Bundesgesetzgebung wird vorbehalten, zu bestimmen, ob die Gesetze des Heimats- oder diejenigen des Niederlassungskantons für die Besteuerung, sowie für die Regelung der zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen massgebend sein sollen.»

Den Art. 42 redigierte der B.R. wie folgt:

«Jeder Kantonsbürger ist Schweizerbürger. — Als solcher kann er bei allen eidgenössischen Wahlen und Abstimmungen an seinem Wohnsitze Anteil nehmen, nachdem er sich über seine Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat.»

Abs. 3 = Abs. 2 von 1848.

In der N.R.K. beantragte die politische Sektion, jedem Schweizer, der nicht infolge *krimineller* Bestrafung seine bürgerlichen Rechte und Ehren verloren habe, das Recht der freien Niederlassung und des Aufenthaltes zu gewährleisten, und den Bund zu ermächtigen, über die Fortdauer des Aufenthalts verarmter oder hülfsbedürftiger Niedergelassener und über die *Unterstützungspflicht der Wohnortsgemeinde* gesetzliche Bestimmungen zu erlassen; die Niedergelassenen sollten in der Ausübung der politischen Rechte den *Ortsbürgern* gleichgestellt sein; endlich sollte das Gesetz des Wohnortes für die zivilrechtlichen Verhältnisse und die Besteuerung der Niedergelassenen massgebend sein. Die Kommission selber gestattete jedoch die Verweigerung oder den Entzug der Niederlassung auch gegenüber denjenigen, welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen. Im übrigen wurde zur Erlangung der Niederlassung keine Ausweisschrift verlangt.

In Art. 42 wurde der Niedergelassene in betreff des Stimmrechts in Gemeindeangelegenheiten dem niedergelassenen Kantonsbürger gleichgestellt, zugleich aber beigefügt: «Soweit die Niedergelassenen für Gemeindezwecke in Besteuerung gezogen werden, ist ihnen auch ein Stimmrecht einzuräumen.» In einer späteren Sitzung legte die Redaktionskommission eine neue Fassung vor, die u. a. die Bestimmung enthielt, dass der Niedergelassene in kantonalen Angelegenheiten das Stimmrecht erst nach drei Monaten erwerbe, und dass die Niederlassungsgesetze der Kantone dem B. R. zur Genehmigung vorzulegen seien. Die Kommission ersetzte das Wort «Gemeinde-» durch «Bürger- und Korporationsgüter»; schaltete in der oben erwähnten Bestimmung der Redaktionskommission ein: «In kantonalen *und Gemeinde*angelegenheiten erwirbt er das Stimmrecht . . . . .» und strich die beiden Absätze betr. das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten; so dass der Artikel mit dem heutigen übereinstimmte ausser im 4. und 6. Abs.

Der Grundsatz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse und die Besteuerung der Niedergelassenen wurde als besonderer Art. 42bis redigiert[1]).

In der St. R. K. schlug *Kappeler* in Anlehnung an das deutsche Niederlassungsrecht u. a. vor, nach fünfjährigem Aufenthalt die staatliche Unterstützungspflicht des Wohnortes Platz greifen zu lassen. Die Kommission stimmte diesem System nicht bei; sie strich die beiden letzten Absätze

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 38, 68, 118, 127, 220.

(betr. Bürgschaft und besondere Lasten, und Bundesgesetz über Dauer der Niederlassungsbewilligung etc.), verlangte die Vorlegung einer Ausweisschrift zur Erlangung der Niederlassung und fasste den Eingang des 2. Abs.: «*Ausnahmsweise* kann unter den durch ein Bundesgesetz näher festzustellenden Bedingungen ....», nebst anderen redaktionellen Änderungen. Bei Art. 42 schloss sich die St. R. K. dem von der N. R. K. zuerst angenommenen System an[1]).

Im N. R. wurde die Frage des Unterstützungswohnsitzes einlässlich erörtert; als vermittelnder Antrag zwischen den beiden grundsätzlichen Extremen der Unterstützung in der Wohnsitz- oder in der Heimatgemeinde kann der Antrag *Bützberger* gelten, der die Wegweisung wegen Verarmung nur innerhalb der ersten 6 Jahre der Einwohnung gestatten wollte. Schliesslich wurde als Art. 44 eine Bestimmung angenommen, welche das Recht der Niederlassung vom Besitz eines Heimatscheines oder einer anderen gleichbedeutenden Ausweisschrift abhängig machte und gestattete, die Niederlassung denjenigen zu verweigern oder zu entziehen, «welche infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sind» oder «welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinden eine angemessene Unterstützung trotz ergangener Aufforderung nicht gewähren».

Der St. R. wollte die Niederlassung allen denjenigen gewähren, welche die mehrerwähnte Ausweisschrift besitzen, dagegen sie denjenigen zu entziehen gestatten, «welche in der Folge krimineller oder wiederholter zuchtpolizeilicher Bestrafung unterliegen» oder «welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinden eine angemessene Unterstützung trotz *amtlicher* Aufforderung nicht gewähren[2])».

Die beiden Räte einigten sich endlich dahin, den 2. Abs. folgendermassen zu redigieren:

«Ausnahmsweise kann die Niederlassung verweigert oder entzogen werden:

1. denjenigen, welche infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sind;

2. denjenigen, welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinde, beziehungsweise Heimatkanton, eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt.» Die Abs. 1, 3 und 4 stimmten mit den heutigen Abs. 1, 6 und 7 überein[3]).

Bezüglich des Art. 42 stimmte der N. R. im wesentlichen dem Antrage seiner Kommission bei.

Der St. R. redigierte dagegen nach Antrag *Morel-Weber* den 4. Abs.:

«Der Niedergelassene geniesst an seinem Wohnsitze alle Rechte der Kantonsbürger und mit diesen auch alle Rechte der Gemeindsbürger, mit Ausnahme etc.» Die Protokolle ergeben keine Erläuterung dieser Fassung[4]).

---

[1]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 8, 9.

[2]) Prot. des St. R. vom 31. Januar, 1., 2., 27. Februar 1872; Bulletin, 233, 258, 522.

[3]) Prot. des N. R. 1871/1872, S. 176, 186, 193, 202, 308, 517, 551, 578.

[4]) Verschiedene Anträge zielten dahin, dem Niedergelassenen in der Niederlassungsgemeinde nach bestimmter Zeit auch das Bürgerrecht zu erteilen. Ähnliches hatte *Klein* im N. R. beantragt. Überall aber ohne Erfolg.

Dem 5. Abs. wurde beigefügt: «Das Stimmrecht in Gemeindeangelegenheiten erstreckt sich jedoch nicht auf die Verwaltung derjenigen Güter, an welchen der Niedergelassene keinen Anteil hat.» Der letzte Absatz wurde erweitert: «Die kantonalen Gesetze über die Niederlassung und das Stimmrecht der Niedergelassenen in den Gemeinden sind dem Bundesrate zur Genehmigung vorzulegen.»

Der N. R. trat dieser Fassung bei[1]).

Im neuen Entwurf vom 4. Juli *1873* beantragte der B. R. als einzige Änderung die Streichung des letzten Absatzes des nunmehrigen Art. 44 und damit die Aufhebung der für Niederlassungsbewilligungen zu entrichtenden Kanzleigebühren überhaupt. Die N. R. K. fügte bei Ziffer 2 des 2. Abs. hinzu: «Nach zehnjährigem Aufenthalt in einem Kanton darf jedoch aus diesem Grunde einem Schweizerbürger die Niederlassung nicht mehr entzogen werden.» Im Rate legten mehrere Berner Deputierte mit Rücksicht auf das bernische System der örtlichen Armenpflege den Antrag vor, die Niederlassung nur von Kanton zu Kanton zu gewährleisten und ferner die Ausweisung wegen Verarmung nur unter Mitwirkung der beiden betreffenden Kantonsregierungen stattfinden zu lassen, letzteres, um die Härte des Abschubes zu mildern. Die Mehrheit überzeugte sich, dass die B. V. auch das Unterstützungssystem des Kantons Bern berücksichtigen müsse, sie wollte dies aber nicht dadurch tun, dass sie die Niederlassung bloss von Kanton zu Kanton garantierte, sondern dadurch, dass sie nach Antrag *Heer* den Kantonen mit örtlicher Armenpflege gestattete, die Niederlassungsbewilligung an Kantonsangehörige von ihrer ökonomischen Selbständigkeit abhängig zu machen. Mit Ausnahme des Ausweisungsgrundes der wiederholten gerichtlichen Bestrafung wegen schwerer Verbrechen lautete der vom N. R. angenommene Art. 44 wie der heutige Art. 45[2]).

Der St. R. verwarf den Antrag, neben dem Heimatschein auch ein Zeugnis über den Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren zu verlangen; dagegen fügte er dem 3. Abs. bei, die Niederlassung könne entzogen werden «infolge wiederholter korrektioneller Bestrafung oder denjenigen, ...» *Köchlin* hatte beantragt: «welche während derselben wegen Vergehen mehrfach gerichtlich bestraft worden sind»; in späterer Beratung in der Fassung: «welche auf Grund schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft worden sind, sowie denjenigen, ...» Im 4. Abs. wurden die Worte: «im Heimatkanton» gestrichen. Dies letztere wurde auch im N. R. von B. R. *Schenk* befürwortet, indem dadurch nicht das Verhältnis des unterstützungsbedürftigen Berners zum Niederlassungskanton, welcher selbstverständlich nicht unterstützungspflichtig sei, betroffen werde, sondern nur sein Verhältnis zu den bernischen Gemeinden. Die N. R. K. hielt an der früheren Fassung fest, weil «der Standpunkt unhaltbar sei, wonach die Kantone nicht berechtigt wären, einen verarmten Berner an seinen Heimatkanton, sondern bloss, je nach Umständen, an die Wohnsitz- oder an die Bürgergemeinde zurückzuweisen; und ferner dürfte es sein Bedenken haben, das Prinzip zu sanktionieren, dass der Bürger eventuell nicht mehr an seine Bürgergemeinde zurückgeschafft werden könnte». Der St. R. verzichtete darauf

---

[1]) Prot. des N. R. 1871/1872. S. 194, 208, 210, 546. Prot. des St. R. vom 27. und 29. Jan. 1872: Bulletin, S. 190, 198 ff.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873–1874, S. 101, 109, 125.

auf die Streichung, während der N.R. den vom St.R. neu eingeführten Entzugsgrund in etwas anderer Fassung aufnahm[1]).

Der im Jahre 1872 angenommene Art. 42 (betr. Stimmrecht) wurde im N.R. durch *Dubs* angefochten, welcher die Streichung des 2. Satzes im 5. Abs. verlangte, um dagegen im 3. die Worte anzufügen: «und das Stimmrecht in rein bürgerlichen Angelegenheiten». Nach der bisherigen Fassung des 5. Abs. könne nämlich die Bürgerschaft über die Bürgergüter unbedingt verfügen, dieselben eventuell auch verteilen. Diese Güter seien aber für die Gemeinde bestimmt und zu dieser gehören auch die Niedergelassenen, weshalb diese vom Rechte, mitzusprechen, nicht ausgeschlossen werden können. Hätten sie in Kirchen- und Schulsachen nichts zu sagen, so könnten die Bürger die Steuern auch so bestimmen, dass deren Last fast ganz auf die Niedergelassenen fiele. Der Antrag wurde angenommen. Beide Räte stimmten schliesslich der heutigen Fassung zu[2]).

II. Auslegung.

1. Kantonsbürgerrecht und Schweizerbürgerrecht. — Abs. 1[3]).

Im 1. Absatz spricht Art. 43 den Grundsatz aus, dass jeder Kantonsbürger von Rechts wegen Schweizerbürger ist, um darauf, in den folgenden Absätzen, festzustellen, welche Rechtsstellung ihm in dieser Eigenschaft in andern Kantonen als seinem Heimatkanton zukommt. Abs. 1 sagt nicht, wie das Kantonsbürgerrecht erworben werden kann, auch nicht, ob darüber kantonales oder eidgenössisches Recht gelten soll. Vgl. Art. 44, Abs. 2. Er schreibt auch nicht vor, dass das Kantonsbürgerrecht dem Schweizerbürgerrecht zeitlich oder logisch vorausgehen müsse, derart, dass dieses die rechtliche Folge jenes sei und nicht umgekehrt; er setzt aber allerdings voraus, dass dies wenigstens zum Teil so ist. Der umgekehrte Fall tritt ein, und muss notwendigerweise eintreten, wenn die Schweiz aus völkerrechtlichen Gründen neue Staatsangehörige erwirbt, sei es durch Gebietszuwachs[4]) oder durch Anerkennung von Personen, deren Nationalität bestritten ist, und die, wie die Heimatlosen überhaupt, nachdem ihre schweizerische Staatsangehörigkeit festgestellt ist, gemäss Art. *68* B.V. in einem Kanton eingebürgert werden müssen.

Art. 43, Abs. 1, statuiert, dass derjenige, der rechtmässig das Kantonsbürgerrecht erworben hat, damit ohne weiteres auch Schweizerbürger ist; Art. 68 postuliert, dass diejenigen, die nur das Schweizerbürgerrecht haben, auch ein kantonales (und kommunales) Bürgerrecht erhalten.

Art. 43, Abs. 1, ist es nicht, welcher das schweizerische Bürgerrecht begründet; es besteht ein schweizerisches Bürgerrecht, weil die Schwei-

---

[1]) Prot. der eidg. Räte 1873—1874, S. 101, 109, 162, 187, 333, 250, 262, 369, 371, 278, 378, 284.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873—1874. S. 93, 162, 330, 240, 262, 274, 371.

[3]) *Rieser,* Das Schweizerbürgerrecht, Bern 1892, S. 95, 104. *Rüttimann,* Über die Geschichte des schweizerischen Gemeindebürgerrechts, Zürich 1862, S. 11. *Blumer-Morel,* I, 333. *Schollenberger,* Kommentar, 329.

[4]) Vgl. den Staatsvertrag vom 8. Dez. 1862 betr. das Dappenthal; A. S. 449. *Blumer-Morel,* III, 373.

zerische Eidgenossenschaft ein Bundesstaat ist und jeder Staatsangehörige zugleich in einem Subjektionsverhältnis zum Gesamtstaate wie zum Gliedstaate steht[1]; vgl. Art. 44. Die Frage kann nur sein, ob das schweizerische Bürgerrecht unabhängig vom kantonalen erworben und verloren wird, und hierüber gibt Art. 43 wie gesagt nur teilweise Auskunft[2].

2. Die staatsrechtliche Stellung der Niedergelassenen.

Vergleicht man Art. 43 mit Art. 60, 46 und 45, Abs. 6, B. V., so ergibt sich, dass Art. 43 vorwiegend die Stellung des Niedergelassenen im Staats- und Verwaltungsrecht ordnen will, in Verbindung mit den Spezialbestimmungen der Art. 45, Abs. 6, Art. 46, Abs. 2 (Verbot der Doppelbesteuerung), und Art. 46, Abs. 2 (besondere Lasten), während Art. 60 mit der modifizierenden Bestimmung des Art. 46, Abs. 1, die Anwendung der sog. Rechtsgesetze auf die Niedergelassenen normiert. Zunächst sei das Stimmrecht des Niedergelassenen besprochen; darauf seine übrige Rechtsstellung nach Art. 43.

A. Stimmrecht der Niedergelassenen.

a. Der Begriff des politischen Wohnsitzes. Art. 43 schreibt vor, dass der Schweizerbürger seine politischen Rechte und namentlich sein Stimmrecht sowohl in eidgenössischen als in kantonalen und Gemeindeangelegenheiten an seinem Wohnsitze ausübe. Der Begriff des Wohnsitzes i. S. dieser Bestimmung ist daher vor allem festzustellen.

Es ist anzunehmen, dass die Urheber der Verfassungsvorschrift bei der Verwendung des Wohnsitzbegriffes von dem bekannten gemeinrechtlichen Begriffe des Zivilrechtes ausgingen und ihn auf die vorliegende Materie anwenden wollten, mit den durch diese Materie selbst bedingten Änderungen. Der zivilrechtliche Wohnsitz ist nach der Definition des B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891, Art. 3, der Ort, wo jemand mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, wohnt. Zweck dieser Begriffsbestimmung, die das B. Ger. auch bei Art. 59 B. V. verwendet[3], ist es, zu bestimmen, welchem Zivilgesetz und welcher Zivilgerichtsbarkeit die Person unterstellt ist. Der Wohnsitzbegriff des Art. 45 B. V. bezweckt dagegen, den Ort zu bestimmen, wo der Schweizerbürger seine politischen Rechte auszuüben hat. Diese Verschiedenheit des Zweckes bedingt nun eine Abweichung vom zivilrechtlichen Wohnsitzbegriff namentlich insofern, als die politischen Rechte zu gleicher Zeit nur an einem Ort ausgeübt werden sollen, während für verschiedene zivilrechtliche Verhältnisse der gleichen Person auch verschiedene Rechte und Gerichtsbarkeiten anwendbar, somit auch verschiedene Wohnsitze, nämlich ein allgemeines Domizil und mehrere Spezialdomizile, gegeben sein können. Das zitierte B. Ges. bestimmt ferner (Art. 3, Abs. 3), in Übereinstimmung mit dem gemeinen Recht, dass der einmal begründete Wohnsitz einer Person bis zum Er-

[1] So z. B. *Dubs,* II, 109; *Orelli,* 69.
[2] *Hilty,* Polit. Jahrbuch, II (1887), 771. *Blumer-Morel,* a. a. O.
[3] Vgl. B. Ger. vom 24. Juni 1902 i. S. La Fontaine, XXVIII, I, 218.

werb eines neuen Wohnsitzes fortdauere; dieser im Interesse Dritter aufgestellte Satz gilt im Gebiete des Art. 43 B. V. nicht, wie später auszuführen [1]).

Auch darin zeigt sich eine Abweichung, dass zum Erwerb des politischen Domizils, oder wenigstens zum sofortigen Erwerb, mitunter eine Erklärung des Einziehenden, dass er dauernd zu bleiben beabsichtige, verlangt wird, während die Begründung des zivilrechtlichen Domizils, welches für die Rechte anderer präjudizierlich ist, nicht von einer solchen Bedingung abhängt. Grundsätzlich aber kann die Begründung des politischen Domizils so wenig als die des zivilrechtlichen in den Willen der betreffenden Person gestellt sein, da der politische Wohnsitz durch zwingendes Recht und zunächst nicht im persönlichen Interesse des Stimmberechtigten bestimmt ist.

Die subjektive Absicht dieser Person, Wohnsitz zu nehmen oder nicht zu nehmen, ist richtigerweise gänzlich belanglos; das zivilrechtliche wie das politische Domizil bestimmt sich nicht, auch zurzeit nicht, durch die Willkür des Wohnsitznehmenden, sondern durch die tatsächliche Verbindung seiner Person mit einer Örtlichkeit; diese Verbindung muss aber derart sein, dass sie auf die Absicht des Verbleibens schliessen lässt [2]). So wird der Begriff tatsächlich auch oft angewendet, während prinzipiell am herkömmlichen Erfordernis der Absicht festgehalten wird. — Es kann sich noch fragen, ob zur Erwerbung des politischen wie des zivilrechtlichen Domizils die Absicht *dauernden* Wohnens zu fordern ist; es scheint, dass damit derjenige seine politischen Rechte nicht ausüben kann, der sich nur auf begrenzte kürzere Zeit an einem Ort niederlässt, unter Aufgabe seines bisherigen Wohnsitzes. Allein auch der zivilrechtliche Wohnsitz setzt die Absicht, für immer oder auf unbestimmte Zeit am Orte der neuen Niederlassung zu verbleiben, nicht voraus [3]). Immerhin mag zum Erwerb des politischen Wohnsitzes auf die Absicht *dauernden* Verbleibens weniger Gewicht gelegt werden als beim zivilrechtlichen. Die Schwierigkeiten der Anwendung des Begriffes auf die einzelnen Fälle sind hier wie dort wesentlich die gleichen.

Der Wohnsitzbegriff des Art. 43 B.V. ist also in der Hauptsache identisch mit dem Begriff des allgemeinen zivilrechtlichen Wohnsitzes [4]).

Dagegen fällt der politische Wohnsitz nicht notwendigerweise zusammen mit dem Orte der *Niederlassung*, weil u. U. mehrere Niederlassungen gegeben sein können (vgl. Art. 45); er fällt auch nicht not-

---

[1]) *W. Bloch*, Das Niederlassungsrecht der Schweizer nach internem Bundesrecht. Zeitschrift N. F. XXIII, 407 ff.

[2]) Vgl. das Referat *Rotts* im schweiz. Juristenverein 1884. Zeitschr. für schweiz. R., III, S. 662. Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins 1864, gl. Zeitschr. A. F. XIII, 49, 53, 54, 62, 64, 70, 103. *Speiser*, in der gl. Zeitschr. XXI, 566, und beispielsweise B. Ger. XXVI, I, S. 52, 89. *Feigenwinter*, Darstellung und Kritik der bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, Bern 1879, S. 37, 41. *Roguin*, Conflits des lois suisses, Laus. 1891, p. 508.

[3]) *Bader*, Kommentar des B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse etc., 2. Aufl., Art. 3, S. 14. Die meisten b. ger. Urteile, welche diese Frage behandeln, betreffen Fälle, wo der frühere Wohnsitz nicht oder nicht definitiv aufgegeben worden war. Vgl. XXV, 52—54; XXIV, 110, 675; XXVIII, 218; XX, 40, 306, 717. *Rott*, Zeitschr. f. schweiz. Recht, III, S. 660.

[4]) A. M. *Bertheau*, Die bundesrechtliche Praxis betr. die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Zürcher Diss. 1895, S. 223 ff. *Bloch*, a. a. O., 406. Vgl. *Rüttimanns* Referat im Juristenverein 1867, Zeitschr. für schweiz. Recht, A. F., 1869. XVI, 33, der auch die Einheit des Domizils plädiert; Verhandlungen des Juristenvereins i. J 1864, Zeitschr. 1866, XIII, S. 39 ff., 43, 95.

wendigerweise mit dem Orte des *Aufenthaltes* für den Aufenthalter zusammen, einmal weil der Aufenthalter nicht Anspruch auf die politischen Rechte in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten hat, und dann weil er seinen Wohnsitz anderswo haben kann [1]).

Selbständige Bedeutung besitzt auch der Steuerwohnsitz, wie er in der Praxis über Doppelbesteuerung zur Verwendung kommt, gemäss seinem eigenartigen Zweck, dem besteuerungsberechtigten Kantone bezüglich der verschiedenen Bestandteile des Vermögens eines Bürgers zu bestimmen (vgl. Art. *46, Abs. 2*).

Die Rechtsprechung der Bundesbehörden bestätigt die grundsätzliche Übereinstimmung des zivilrechtlichen und des politischen Wohnsitzes.

Durch Beschluss vom 11. Sept. 1891 i. S. Barmet und Geisseler [2]) erklärte der B. R. geradezu, der Begriff des politischen Wohnsitzes der Luzerner Verfassung, die doch mit der B. V. übereinstimmen muss, sei nach den gemeinschaftlichen Merkmalen des Wohnsitzbegriffes zu definieren. Zu verschiedenen Malen hat der B. R. das Domizil als den Ort, wo der Bürger *tatsächlich* wohnt, bezeichnet, im Gegensatz zu einem fiktiven Wohnsitz [3]). Daher auch ein neuer Wohnsitz sofort erworben wird, wenn der Bürger den örtlichen Mittelpunkt seiner Tätigkeit an den neuen Ort wirklich verlegt, wobei es m. E. weniger darauf ankommt, wie lange er dort zu verbleiben beabsichtigt, als darauf, dass er die Bande, die ihn mit dem bisherigen Wohnsitz verknüpften, löst und wirklich einen neuen Wohnort wählt [4]). Der sofortige Erwerb eines neuen Wohnsitzes bei Aufgabe des alten scheint mir bei eidg. Wahlen und Abstimmungen erforderlich, sowohl der Klarheit halber als um den Bürger nicht ohne Grund seines Stimmrechts zu berauben; die Praxis hat sich auch dahin ausgesprochen. In kantonalen und kommunalen Angelegenheiten scheint es vielleicht bedenklich, einem Neuling, der gar nicht beabsichtigt, längere Zeit im Kanton oder in der Gemeinde zu bleiben, und sich für ihre Angelegenheiten nicht interessiert, das Recht, mitzusprechen und zu entscheiden zu verleihen, wenn auch erst nach drei Monaten. Allein diese Fälle sind relativ selten, und die Einheit des politischen Domizils in eidg. und kantonalen Angelegenheiten bietet so grosse Vorteile der Einfachheit und Klarheit in der Führung der Stimmregister, dass jener Nachteil wohl mit in Kauf genommen werden darf [5]). Der Gefahr, dass der Wohnsitz nur zum Schein verlegt werde, in der Absicht, das Gesetz zu umgehen, wird bei kantonalen und Gemeindeangelegenheiten durch die Vorschrift der dreimonatlichen Dauer des Wohnsitzes oder auch durch Strafbestimmungen begegnet; bei eidg. Wahlen wird der Fall seltener sein [6]).

---

[1]) Über das Verhältnis vom politischen Wohnsitz zu Niederlassung und Aufenthalt s. *Bertheau*, a. a. O., S. 222. Zeitschr. für schweiz. Recht, Bd. III, S. 549 (Soldan), 651—652 (Rott), 687 (Martin); Bd. XI, S. 346 (Salis). *Schoch*, a. a. O., Zeitschrift N. F. XXIII, 400 ff.

[2]) B. Bl. 1891, IV, 395; *Salis*, III, Nr. 1221. Der Bericht von Prof. *Schneider* vom 1. Juni 1889 über die Rekurse betr. die Tessiner Grossratswahlen von 1889, B. Bl. 1889, III, 381 ff., geht ebenfalls vom gemeinrechtlichen Begriffe des Domizils aus und betrachtet den Wohnsitzbegriff des Art. 43 B. V. als damit identisch.

[3]) B. R. B. betr. die Grossratswahlen in Locarno vom 18. Juni 1891, B. Bl. 1891, III, 883, 999, 1017. *Salis*, III, S. 376. Vgl. B. R. B. vom 1. Dez. 1881 i. S. Rossi, B. Bl. 1882, II, 771; *Salis*, III, Nr. 1196, und den eben erwähnten Bericht *Schneiders*.

[4]) B. Bl. 1888, II, 806; *Salis*, III, Nr. 1194.

[5]) *Bloch*, a. a. O., 410.

[6]) Vgl. den zit. Entscheid *Salis*, III, Nr. 1221.

In der Praxis kommt häufiger der Fall vor, dass die berufliche Tätigkeit oder zeitweise auch das Familienleben an einen neuen Ort verlegt wird, ohne definitive Aufgabe des bisherigen Domizils, oder dass die gesamte Tätigkeit einer Person überhaupt schwer auf einen einzigen Mittelpunkt zurückzuführen ist. Solche Fälle sind diejenigen der Studierenden, der Lehrlinge, der Angestellten, die nicht am Orte ihrer Anstellung wohnen u. a. m.

Bezüglich der *Studierenden* entschied der B. R. i. J. 1891 i. S. der Tessiner Studenten (B. Bl. 1891, III, 896, 1005; *Salis*, III, Nr. 1166 und S. 382), sie seien nicht an ihrem Studienorte domiziliert; in der Rekurssache Bielmann und Bourgknecht kam er aber auf diese Ansicht zurück und entschied am 7. März 1896 das Gegenteil, vorausgesetzt, dass die Studenten am Studienorte tatsächlich niedergelassen und im Besitze einer Niederlassungsbewilligung seien[1]. Die tatsächlichen Verhältnisse, namentlich die mehr oder weniger enge Beziehung des Studenten zu seinem Elternhaus, sprechen bald für das eine, bald für das andere; das Festhalten am Entscheide von 1896 empfiehlt sich aber im Interesse der Rechtssicherheit. Das gleiche muss wohl für stimmfähige *Lehrlinge* gelten, obschon i. J. 1891 der B. R. den Wohnort der Eltern als ihr politisches Domizil erklärte (B. Bl. 1891, III, 984, 1004; *Salis*, III, Nr. 1220 a. E.).

Polizeisoldaten haben ihr politisches Domizil nicht am Orte, wo sie stationiert sind und von wo sie jeden Tag wieder abberufen werden können, sondern da, wo ihre Familie, der häusliche Herd sich befindet, wohin sie daher auch immer wieder zurückkehren. B. R. B. v. 18. Juni 1891 (B. Bl. 1891, III, 896; IV, 187); bestätigt durch Entscheide vom 7. März 1896 i. S. Bielmann u. Bourgknecht (B. Bl. 1896, II, 779) und vom 24. Dez. 1901 i. S. Radikales Komitee in Freiburg (B. Bl. 1902, I, 35). Vgl. den Bericht des B. R. vom 6. April 1898 i. S. Brousoz (B. Bl. 1898, II, 655) und den B. R. B. vom 20. Aug. 1897 i. S. Regli und Kons., Sicherheitswächter des Forts Andermatt (B. Bl. 1897, IV, 14; *Salis*, III, Nr. 1157), wo es sich um blosse Aufenthalter handelte.

In der Regel ist der politische Wohnsitz nicht am Orte, wo der Beruf ausgeübt wird, sondern wo die Familie wohnt. Vgl. B. R. B. vom 11. Sept. 1891 i. S. Barmet und Geisseler (B. Bl. 1891, IV, 395; *Salis*, III, Nr. 1221). Es kann aber schwierig sein, tatsächlich festzustellen, wo der Mittelpunkt des Familienlebens ist, und bei der Entscheidung jedes Falles sind jeweilen alle tatsächlichen Umstände zu berücksichtigen[2]. Der B. R. hatte in den Jahren 1889 bis 1891 zahllose Fragen dieser Art, allerdings auf Grund der Tessiner Gesetze, zu entscheiden. Man vgl. die folgenden: B. R. B. vom 9. Januar 1891 i. S. Stoppani, Bankangestellter in Mailand (B. Bl. 1891, I, 76), vom 5. März 1891 i. S. Franchini, Handelsreisender in Mailand (B. Bl., ibid., S. 439), und den Bericht von Prof. *Schneider* über die Tessiner Grossratswahlen vom 3. März 1889, vom

---

[1]) B. Bl. 1896, II, 779; *Salis*, III, Nr. 1166. Vgl. den B. R. B. vom 15. Nov. 1898 i. S. des Bezirksrates Einsiedeln u. a., B. Bl. 1898, V, 160, wo den Studenten des Kollegiums Maria-Hilf in Schwyz das Stimmrecht abgesprochen wurde, weil sie nur Aufenthalter waren, aus Gründen allerdings, die z. T. gegen den politischen Wohnsitz überhaupt angeführt werden könnten Vgl. B. Ger. XX, 716, i. S. Wegelin, XXII, 6, i. S. Leuzinger, 932, i. S. Boivin, betr. Doppelbesteuerung.

[2]) Vgl. z. B. die bei *Salis*, III, Nr. 1221, angeführten Entscheide über Luzerner Fälle, wo der Mittelpunkt des Familien- und derjenige des Berufslebens an verschiedenen Orten waren; der B. R. hielt sich zu sehr an das kantonale Recht.

1. Juni gl. J. (B. Bl. 1889, III, 368). Unter allen Umständen ist der Wohnsitz in kantonalen und kommunalen Angelegenheiten am gleichen Orte wie der Wohnsitz in eidgenössischen. Vgl. die Botschaft vom 2. Okt. 1874 (B. Bl. 1874, III, 38). B. R. B. vom 15. März 1878 i. S. Nessi (B. Bl. 1879, II, 605; *Salis*, III, Nr. 1161).

b. Weitere Erfordernisse. In *eidgenössischen Angelegenheiten* kann der Schweizerbürger seine politischen Rechte an seinem Wohnsitze ausüben, sei er Niedergelassener oder blosser Aufenthalter, sofern er nur den Erwerb eines Wohnsitzes und den Besitz der bürgerlichen Rechte (wie noch zu erörtern) nachweist [1]. Beim Ausweis über den Wohnsitz kann verlangt werden, dass die Niederlassung oder der Aufenthalt formell dokumentiert sei; der Bürger muss sich daher so lang vor dem Schluss der Stimmregister, der in eidg. Angelegenheiten frühestens 3 Tage vor der Abstimmung erfolgen darf, anmelden, dass die Behörde über die Erteilung der Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung entscheiden kann. Ein unwiderleglicher Beweis der Wirklichkeit und Wahrheit des Wohnsitzes liegt allerdings in der Niederlassungs- oder Aufenthaltsbewilligung nicht (B. Bl. 1888, II, 806; *Salis*, III, Nr. 1194, III), B. R. B. vom 6. Februar 1885 i. S. des Gemeinderates von Lugano (B. Bl. 1885, I, 350; *Salis*, III, Nr. 1195).

Trotzdem darf nach geltendem Recht ein längerer Aufenthalt am Orte des neuen Wohnsitzes nicht verlangt werden — sofern nur die Verlegung des Wohnsitzes tatsächlich und nicht bloss zum Schein stattfindet, was allerdings unmittelbar nach der Ankunft des Einziehenden schwer zu konstatieren ist [2]. Zum Erwerb des Stimmrechts in *kantonalen und kommunalen Angelegenheiten* bedarf es aber ausser dem Wohnsitz noch der Niederlassung. Wie vielfach entschieden wurde, gewährleistet Art. 43 B.V. in dieser Beziehung *den Aufenthaltern* kein Recht. B. R. B. vom 21. März 1878 i. S. Gemeinderat Freiburg (B. Bl. 1879, II, 607); vom 20. Aug. 1897 i. S. Regli u. K. (B. Bl. 1897, IV, 14); vom 15. Nov. 1898 i. S. Bezirksrat Einsiedeln u. G. (B. Bl. 1898, V, 160; *Salis*, III, Nr. 1155, 1157, 1158). Ebenso anlässlich der Genehmigung des Zuger Gesetzes vom 20. Nov. 1876 (B. Bl. 1878, II, 482) und der Tessiner Gesetze vom 17. Mai 1878 (B. Bl. 1878, II, 586) und vom 15. Juli 1880 (B. Bl. 1881, II, 670; *Salis*, III, Nr. 1108 u. 1109). Vgl. Botschaft vom 9. Juni 1880 (B. Bl. 1880, III, 297: Grundlage der Volksvertretung). Die Aufenthalter können von der Teilnahme am politischen Leben ihres Aufenthaltsortes ausgeschlossen werden. Anderseits aber hindert sie nichts, Niederlassung zu nehmen, wenn sie die Bedingungen des Art. 45 B.V. erfüllen [3].

Es genügt aber nicht, dass sie zur Niederlassung berechtigt seien, sie müssen auch förmlich Niederlassung nehmen. B. R. B. vom 15. März 1878 i. S. Nessi (B. Bl. 1879, II, 605); vom 30. Juni 1891 i. S. Tessiner Grossratswahlen (B. Bl. 1891, III, 1039, 1221; *Salis*, III, Nr. 1161, 1162, II).

---

[1] Art. 3, Abs. 1, des Bundesgesetzes vom 19. Juli 1872: „Das Stimmrecht wird von jedem Schweizerbürger da ausgeübt, wo er als Ortsbürger oder als Niedergelassener oder Aufenthalter wohnt."

[2] In seinem von der B. Vers. verworfenen Entwurf vom 30. Okt. 1883, Art. 7, betr. Revision des B. Ges. vom 19. Juli 1872, beantragte der B. R., das Stimmrecht in eidg. Angelegenheiten erst 14 Tage nach der Wohnsitznahme anfangen zu lassen. B. Bl. 1883, IV 207, 224; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 807; 2. Aufl., III, Nr. 1147.

[3] *Schollenberger*, Kommentar, 339.

Es bleiben bis zum Erlass des in Art. 47 B.V. vorgesehenen Bundesgesetzes die kantonalen Gesetze über diesen Gegenstand in Kraft; die Kantone können wohl auch nur den kantonsangehörigen Aufenthaltern das Stimmrecht erteilen, ohne dass darin eine Verletzung der Rechtsgleichheit gegenüber den Kantonsfremden zu erblicken wäre [1]). Eine Rechtsungleichheit liegt auch nicht darin, dass die Aufenthalter, trotzdem sie vom Stimmrecht ausgeschlossen sind, besteuert werden. B.R.B. i. S. Regli u. Kons. und i. S. des Bezirksrates von Einsiedeln, *Salis,* III, Nr. 1157, 1158. Dagegen ist es fraglich, ob den Aufenthaltern das Stimmrecht an einem andern Orte als am Wohnsitz eingeräumt werden darf; da Art. 43 vom Stimmrecht der Aufenthalter in kantonalen Angelegenheiten gar nicht spricht, darf auch nicht, gestützt auf diesen Verfassungstext, die Einheit des politischen Wohnsitzes der Aufenthalter gefordert werden; Art. 47 B.V. behielt dem Bundesgesetzgeber vor, darüber zu bestimmen; zweckmässig ist es aber sicher nicht, den Aufenthaltern, die in eidg. Angelegenheiten nur in ihrem Wohnsitz stimmen können, in kantonalen Angelegenheiten einen besonderen politischen Wohnsitz anzuweisen [2]).

c. Anwendungsgebiet. Aus Abs. 1 und 2 des Art. 43 ergibt sich unzweideutig, dass *Ausländer* in eidg. Angelegenheiten kein Stimmrecht haben, trotzdem sie in der Schweiz wohnen; das Gleiche geht aus dem B.Ges. vom 19. Juli 1872 hervor. Fraglicher kann es erscheinen, ob die Ausländer auch von der Ausübung politischer Rechte in den Kantonen und Gemeinden ausgeschlossen sind; m. E. gibt Art. 43 B.V. auf diese Frage keine Antwort; es steht daher den Kantonen frei, die Ausländer an den politischen Rechten in kantonalen Angelegenheiten teilnehmen zu lassen [3]).

Die *Schweizer im Ausland* haben in eidg. Angelegenheiten kein Stimmrecht, selbst wenn sie in amtlicher Stellung im Auslande wohnen [4]).

Die Frage, ob es mit Art. 43 B.V. vereinbar sei, dass auch ausserhalb des Kantons wohnende Kantonsbürger zum Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten zugelassen werden, wurde anlässlich der Gewährleistung der Tessiner Verfassungsnovelle vom 16. Juni 1893 in den eidg. Räten lebhaft diskutiert. Präzedenzfälle wurden mehrere zitiert, aber zu Unrecht; im Falle Nessi [5]) hatte es sich um die Frage gehandelt, ob Art. 43 B.V. auf Niedergelassene des eigenen Kantons Anwendung finde; im Rekursfalle der Tessiner Grossratswahlen vom 3. März 1889 [6]) war

[1]) Vgl. den oben zitierten Entscheid, *Salis,* III, Nr. 1155. i. S. Gemeinderat Freiburg und die Genehmigung des Tessiner Gesetzes vom 15. Juli 1880, *Salis,* Nr. 1109, II; im Gegensatz zur Begründung der Nichtgenehmigung des Tessiner Gesetzes vom 17. Mai 1878; *Salis*, III, Nr. 1109, I.

[2]) *Salis,* III, Nr. 1109, II; vgl. I, Nr. 84, S. 337, betr. die Tessiner im Ausland.

[3]) Vgl. *Schollenberger,* Staats- und Verwaltungsrecht, I, S. 50, Kommentar, S. 332; *Salis*, III, Nr. 1144. Betr. eingebürgerte Heimatlose vgl. ibid., Nr. 1145.

[4]) *Salis,* III, Nr. 1189; vgl. Nr. 1196, 1220, III, und 1229: B.R.B. vom 3. Okt. 1899 i. S. Brousoz, B. Bl. 1899, IV, 825, und Bericht des B. R. vom 7. Juli 1900, B. Bl. 1900, III, 576. Die letzteren Entscheidungen betreffen das Stimmrecht in kantonalen Angelegenheiten. In eidg. Angelegenheiten kommt das B. Ges. vom 19. Juli 1872 in Betracht, welches ausdrücklich vorschreibt, dass die politischen Rechte am Wohnsitze ausgeübt werden (Art. 3); vgl. das tessinische Verfassungsgesetz vom 2 Juli 1892, Art. 2, welches die infolge eidgenössischen oder kantonalen Dienstes im Auslande Wohnenden bei der Berechnung der Bevölkerung eines Wahlkreises mitzählt. Botschaft vom 18. Nov. 1892, B. Bl. 1892, V, 331.

[5]) B. R. B. vom 4. Febr. 1876, B. Bl. 1876, I, 593; bestätigt durch B. B. vom 1. Juli 1876, B. Bl. 1877, III, 529; vgl. 1876, III, 191. *Salis*, III, Nr. 1160; vgl. 1161.

[6]) B. R. B. vom 18. Juni 1891, B. Bl. 1891, III, 884; *Salis,* III, Nr. 1220.

die Frage allerdings, ob im Ausland domizilierte Tessiner im Kanton das Wahlrecht ausüben konnten; sie war aber auf Grund des tessinischen Gesetzes vom 5. Juli 1880 zu beantworten und zu verneinen. Bei der Gewährleistung des tessinischen Verfassungsdekretes vom 8. Januar 1880, welches als *Grundlage der Volksvertretung* die tessinische Bevölkerung und die niedergelassenen Schweizerbürger anderer Kantone annahm, unter Ausschluss der Tessiner, welche im Ausland ihr hauptsächliches und dauerndes Domizil haben, wurde von der B. Vers. der Vorbehalt hinzugefügt, dass die tessinischen Angehörigen an ihrem Wohnsitze zu zählen seien und auch dort ihr Stimmrecht auszuüben haben; es handelte sich dabei aber nicht sowohl um die im Auslande befindlichen Tessiner, die ja nur mitgezählt wurden, wenn sie nicht dauernd im Auslande niedergelassen, also in der Schweiz noch domiziliert waren, als um die im Kanton ausserhalb ihrer Heimatgemeinde niedergelassenen Tessiner; bei diesen wollte die B. Vers. die Anwendung des Wohnsitzprinzips bei der Eruierung der Grundlage der Volksvertretung und bei Ausübung des Stimmrechts sichern (A. S. V, 111)[1]). Die Tendenz lag allerdings unstreitig in dieser Praxis der Bundesbehörden, das Wohnprinzip überhaupt prävalieren zu lassen. Nach Annahme dieses Grundsatzes blieb noch die Frage streitig, nach welcher Frist ein aus dem Ausland heimkehrender Tessiner als wieder im Kanton domiziliert anzusehen sei. Die Parteien einigten sich in einem Gesetze vom 5. Dez. 1890 darüber, dass hierzu ein Monat erforderlich und genügend sein sollte. Das Verfassungsgesetz vom 2. Juli 1892 änderte diese Bestimmung in seinem Art. 33 wieder dahin ab, dass die Frist fortan bloss 20 Tage betragen solle. Vgl. Botschaft des B. R. vom 18. Nov. 1892 (B. Bl. 1892, V, 331). Das Verfassungsgesetz erhielt am 23. Dez. 1892 die eidg. Gewährleistung (A. S. XIII, 214). Durch die Verfassungsrevision vom 16. Juni 1893 endlich kam der Kanton Tessin noch einmal auf die Frage zurück.

Prof. *Schneider* hatte in seinem schon erwähnten Bericht vom 1. Juni 1889 bemerkt, es bestehen in Praxis und Theorie der Tessiner Behörden drei verschiedene Ansichten über das Stimmrecht der im Ausland domizilierten Tessiner: nach der ersten bleiben sie stimmberechtigt, und zwar an ihrem letzten Wohnsitz im Kanton, kraft fingierter Fortdauer dieses Wohnsitzes; nach der zweiten seien sie in ihrer Heimatgemeinde stimmberechtigt (Prinzip der attinenza, das von der konservativen Partei verfochten wurde), und nach der dritten, damals positiv-rechtlich allein begründeten, seien sie überhaupt nicht stimmberechtigt, solange sie nicht ein neues Domizil im Kantone erworben. — Dieser Grundsatz war bereits durch die Verfassungsnovelle vom 2. Juli 1892 wieder abgeschwächt worden; die Verfassungsnovelle vom 10. Juni 1893 kehrte nun zur alten Anschauung zurück, indem sie einen 4. Grundsatz aufstellte, denjenigen des *fuoco*: der im Ausland domizilierte Tessiner sollte am *Wohnort seiner Familie* im Kanton stimmberechtigt sein, wo er auch im sog. Herdregister (registro dei fuochi) eingetragen sein sollte und steuerpflichtig blieb; in Ermanglung eines solchen Herdes im Kanton sollte er am Heimatort stimmberechtigt sein. Es mochte dies der häufigen Tatsache entsprechen, dass Tessiner ins Ausland auswandern

[1]) Vgl. die aus gleichen Gründen verweigerte Gewährleistung des Verfassungsdekretes vom 31. Januar 1879, B. B. vom 23. Dez. 1879, B. Bl. 1880, II, 583. *Salis*, 1. Aufl., I, Nr. 88.

und im Kanton einen Mittelpunkt ihrer Familie behalten; das Verfassungsgesetz wurde auch vom Volk mit grossem Mehr angenommen. Der B.R., in Übereinstimmung mit einem Gutachten von Prof. *L. R. v. Salis*[1], war der Meinung, diese Regelung habe nichts Bundesrechtswidriges: Art. 43 betreffe nur das Verhältnis der Kantone zu einander; Art. 4 und 60 B.V. seien ebenfalls nicht verletzt; denn die B.V. stellte bloss den *niedergelassenen* Schweizerbürger den Kantonsangehörigen gleich; diese so beschränkte Gleichstellung solle aber keineswegs bewirken, dass die Kantonsangehörigen schlechter gestellt werden als bisher, indem man ihnen ebenfalls nur das Stimmrecht gebe, wenn sie im Kanton niedergelassen seien; wenn die im Auslande domizilierten Schweizer kein Stimmrecht haben in eidg. Angelegenheiten nach Bundesrecht, so sei dies für die Kantone nicht massgebend. In der B.Vers. wurde die gegenteilige Meinung vertreten: Art. 43 regle das Stimmrecht allgemein und stelle den Grundsatz des Wohnsitzes in einer auch für die Kantone bindenden Weise auf; es sei eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetze, dass der Tessiner oder Schweizerbürger, der aus einem andern Kanton komme, seine politischen Rechte erst nach drei Monaten ausüben könne, während der aus dem Auslande zurückkehrende sofort mitstimme.

Die Gewährleistung wurde trotzdem erteilt. B.B. vom 25. März 1896 (A.S. XV, 436; St.B. V, S. 543—585; VI, 137—180). M. E. mit Recht. Art. 43 B.V. will nur das Verhältnis von Kanton zu Kanton (bezw. von Gemeinde zu Gemeinde) ordnen und darf nicht analog auf das ganz verschiedene Verhältnis der Schweizer im Ausland zu ihrem Heimatkanton ausgedehnt werden. Nicht mit Unrecht bemerkte St.R. *Simen* (St.B. V, S. 578), wenn die aus der Fremde heimkehrenden Tessiner nach gleichen Grundsätzen behandelt werden müssten, wie die aus anderen Kantonen kommenden Schweizerbürger, so wäre auch das Verfassungsgesetz vom 2. Juli 1892 bundesverfassungswidrig gewesen und es hätte ihm die eidg. Garantie nicht erteilt werden dürfen. Ein Verstoss gegen die Gleichheit vor dem Gesetze liegt auch nicht darin, dass einem Kantonsbürger, der im Ausland niedergelassen ist, wo er keinerlei politische Rechte hat, in demjenigen Kanton, mit dem er durch sein Heimatrecht verbunden ist, das Stimmrecht gewährt wird, sofern er es persönlich im Heimatkanton ausübt, während der aus einem andern Kanton kommende Schweizerbürger dazu einer Niederlassung von drei Monaten bedarf. Im Verhältnis zu anderen Kantonen und anderen Gemeinden hat diese Karenzzeit den guten Sinn, fiktive Wohnsitzveränderungen und die tatsächliche Ausübung des Stimmrechts in zwei Kantonen oder Gemeinden zu verhindern. Ob im übrigen der tessinische Grundsatz zweckmässig, klar formuliert und besser ist als alle anderen, ist eine hier nicht zu untersuchende Frage[2].

In den Protokollen der Revisionsverhandlungen von 1871 und 1873 findet sich nichts, das zur Annahme berechtigte, dass der 4. und 5. Abs.

---

[1] Das Stimmrecht der im Ausland wohnenden Tessiner, Basel, Sept. 1894; im wesentlichen wiedergegeben in der B. R.-Botschaft vom 31. Mai 1895, B. Bl. 1895, III, 217. *Salis*, I, Nr. 84; vgl. *Hilty*, Polit. Jahrbuch, IX, 399; X, 527.

[2] Vgl. auch den zitierten Rekursentscheid vom 8. Okt. 1899 i. S. Brousoz, und Bericht des B.R. vom 7. Juli 1900; *Salis*, III, Nr. 1229, II, III, wo den in Französisch St. Gingolph wohnenden Wallisern auf Grund des Walliser Gesetzes das Stimmrecht im Heimatkanton abgesprochen, auf Grund einer vielleicht allzuscharfen Anwendung des Art. 4 B.V.

des Art. 43 auf Kantonsbürger Anwendung finden solle, welche in einer anderen als ihrer Heimatgemeinde niedergelassen sind[1]). Man dachte offenbar damals nur daran, ein interkantonales Verhältnis zu regeln. Dafür spricht auch der Umstand, dass der «niedergelassene Schweizerbürger» dem «Kantonsbürger» grammatikalisch gegenübergestellt ist, um ihm sachlich gleichgestellt zu werden. Art. 43 sichert daher den Kantonsbürgern im eigenen Kanton keine Rechte; verbindet man ihn aber mit Art. 4 B.V., so ergibt sich, dass den Kantonsbürgern mindestens ebensoviel politische Rechte an ihrem Niederlassungsort eingeräumt werden müssen, als den Niedergelassenen anderer Kantone, denn die Verweisung der Kantonsbürger an ihren Heimatsort zur Ausübung der politischen Rechte wäre für sie nachteilig; unzulässig ist deshalb die Vorschrift, dass Kantonsbürger erst nach einer längeren Frist als drei Monate ihr Stimmrecht ausüben können. Vgl. B. R. B. vom 14. Okt. 1880 i. S. Merlini u. G. (B. Bl. 1881, III, 700; *Salis*, III, Nr. 1163). Die Praxis ist aber noch einen Schritt weiter gegangen und hat die Regel der Ausübung der politischen Rechte am Wohnorte wenigstens grundsätzlich auch für die Kantonsbürger schlechthin massgebend erklärt, so dass diesen so wenig als den Bürgern anderer Kantone die Wahl zwischen dem Wohnort und dem Heimatort zusteht. Es sprechen für diese ausdehnende Anwendung triftige Gründe der Klarheit und Ordnung des Stimmrechtswesens. Wenn dem Kantonsbürger an seinem Wohnorte das Stimmrecht eingeräumt werden muss, so kann es nur zu Verwicklungen und Missbräuchen führen, wenn ihnen noch das Stimmregister des Heimatortes offen steht. Es sei verwiesen auf den B. R. B. vom 4. Februar 1876, bestätigt durch B. B. vom 1. Juli 1876, i. S. Nessi (B. Bl. 1876. I, 953; II, 268; III, 191; 1877, II, 259; *Salis*, III, Nr. 1160) und auf den B. R. R. vom 15. März 1878 ebenfalls i. S. Nessi (B. Bl. 1879, II, 605; *Salis*, III, Nr. 1161). Vgl. den B. R. B. vom 18. Juni 1891 i. S. Grossratswahlen Locarno (B. Bl. 1891, III, 825); vgl. auch die Prozessschriften des B. R. und des Kantons Tessin (vertreten durch Prof. *König*) betr. den Kompetenzkonflikt im Jahre 1889 (B. Bl. 1889, III, 555; IV, 41—42; ferner B. Bl. 1877, IV, 145; 1878, I, Nr. 2, Beilage, S. 10).

d. Zwingender Charakter des Wohnsitzprinzips. Es wurde im Vorstehenden stets vorausgesetzt, dass die Vorschrift der Ausübung des Stimmrechts am Wohnorte eine zwingende sei, in dem Sinne, dass es ein anderes politisches Domizil nicht geben könne. Diese Auffassung scheint mir in der Tat die richtige; ist dies der Fall, so ist schon damit die rechtliche Möglichkeit ausgeschlossen, dass eine und dieselbe Person an mehreren Orten zugleich ihre politischen Rechte ausübe, weder in mehreren Kantonen noch in mehreren Gemeinden innerhalb des gleichen Kantons; es bedürfte dazu des Abs. 3 nicht mehr. Eine andere, weniger strenge Auffassung ginge dahin, dass der Schweizerbürger wenigstens mit seinem Willen am Heimatsorte stimmberechtigt erklärt werden könnte, sofern er nur nicht seine politischen Rechte an zwei Orten zugleich ausübe. Abs. 3 wäre danach ein Korrektiv der vom Wohnsitzprinzip gemachten Ausnahmen. Bei dieser Auffassung erhebt sich aber die schwierige Frage, wann gleichzeitige Ausübung der politischen Rechte an verschiedenen Orten vorliege; am gleichen Tage

[1]) Vgl. indessen die Anträge *Battaglini* und *Pedrazzini* im Prot. des N.R. von 1871, S. 209; auch das Verhältnis der Bürgergemeinde und Einwohnergemeinde wurde vielfach erörtert.

werden wohl selten die Abstimmungen verschiedener Gemeinden oder verschiedener Kantone stattfinden; soll es dem Stimmberechtigten nun freistehen, als politischen Wohnsitz jeweilen denjenigen Ort zu wählen, wo abgestimmt wird? Die Praxis scheint zwischen den beiden Auffassungen noch keine definitive Wahl getroffen zu haben [1]. Wendet man aber, wie es m. E. richtig ist, den strengen Wohnsitzgrundsatz an, so kann einem Bürger an seinem Wohnorte die Eintragung ins Stimmregister nicht versagt werden, weil er schon anderswo eingetragen ist; denn die Eintragung am anderen Orte als am Wohnorte ist eine rechtswidrige [2].

Ferner steht es den Kantonen nicht zu, den Niedergelassenen die Erlangung des Stimmrechts zu erleichtern durch Abschwächung des Wohnsitzerfordernisses [3], während sie ihnen das Stimmrecht wohl vor Ablauf der drei Monate gewähren können, sofern die Einziehenden wirklich Wohnsitz erworben haben. Und endlich darf die oft schwierige Frage, wo jemand seinen Wohnsitz habe, nicht nach kantonalem Verfassungs- oder Gesetzesrecht entschieden werden, was die Praxis bis jetzt zu wenig berücksichtigt hat; die Rechtsprechung hat die Aufgabe, den Wohnsitzbegriff des Art. 43 B.V. möglichst scharf herauszubilden, was nie gelingen wird, wenn sie sich jeweilen durch das kantonale Recht leiten lässt [4].

Dagegen kann m. E. aus dem zwingenden Charakter der Vorschrift nicht gefolgert werden, dass der Bürger von Amtes wegen in die Stimmregister einzutragen sei: die B.V. entscheidet in Art. 43 bloss, wo der Schweizerbürger sein Stimmrecht auszuüben habe, sie bestimmt aber nicht, welches Verfahren befolgt werden solle, um den Bestand der Stimmberechtigten, der Ortsbürger wie der Ortsfremden bei einer bestimmten Abstimmung festzustellen, und sie verbietet nicht, dass dem Bürger zugemutet werde, die zur Ausübung seines Stimmrechts erforderliche Formalität, die Eintragung ins Stimmregister, selbst zu begehren; die Eintragung von Amtes wegen kann aber gefordert werden, wenn sie kraft anderer Vorschrift, des kantonalen Verfassungsrechts, als Gegenstand eines subjektiven Rechts erscheint (Art. 189, Abs. 4, G. O.). Die Praxis hat die Eintragung von Amtes wegen als eine Forderung des Art. 43 B.V. hingestellt. B. R. B. vom 6. Dez. 1880 i. S. Minotti u. G. (B. Bl. 1881, II, 702; *Salis*, III, Nr. 1169, vgl. 1175). Bei eidg. Wahlen und Abstimmungen schreibt sie das Gesetz vom 19. Juli 1872, Art. 5, vor. — Art. 43 B.V. behandelt auch

---

[1]) Man vergleiche die Entscheidungen bei *Salis*, III, im Sinne der strengen Auslegung: Nr. 1161, 3°; 1164; 1220, III; im Sinne der laxeren Auslegung: Nr. 1158; 1148; 1229, I; für die strengere Ansicht: *Bloch*, a. a. O., S. 408.

[2]) Grundsätzlich unrichtig daher: B.R.B. vom 2. Juli 1897 i. S. Chaperon, B. Bl. 1897, III, 875; vom 18. Juni 1891, B. Bl. 1891, III, 889. *Salis*, III, Nr. 1229, II; 1220, III, 2°; vollends B. R. B. vom 15. Nov. 1898 i. S. Bezirksrat Einsiedeln, B. Bl. 1898, V, 160, wo ausgeführt ist die gleichzeitige Eintragung in die Register zweier Kantone sei allerdings eine Ordnungswidrigkeit, die leicht zu einer Verletzung des Art. 43 B.V. führen könne, bei der Verschiedenheit der kantonalen Stimmrechtsbestimmungen aber kaum zu vermeiden sei. *Salis*, III, 1158. Etwas anderes ist es, wenn die Eintragung am Heimatorte nur zum Zwecke der Beteiligung an Abstimmungen über bürgerliche Angelegenheiten stattfindet: B. R. B. vom 6. Dez. 1880 i. S. Minotti. B. Bl. 1881, II, 702; *Salis*, III, Nr. 1169.

[3]) Unrichtig ist es daher grundsätzlich, sich mit einem blossen „Wohnen" während drei Monaten zu begnügen, wie es die Zuger Verfassung tut: B. R. B. vom 24. Aug. 1877 i. S. Einwohnerrat von Baar, B. Bl. 1878, II, 501; und vom 15. Nov. 1898 i. S. Bezirksrat Einsiedeln, B. Bl. 1898, V, 160; *Salis*, III, Nr. 1148, 1158.

[4]) Vgl. die Entscheidungen bei *Salis*, III, Nr. 1221. B.R.B. vom 20. Nov. 1903 i. S. Meier, B. Bl. 1903, V, 269.

nicht die Frage, in welchem Verfahren ein Bürger vom Stimmregister gestrichen werden könne. Vgl. *Salis*, III, Nr. 1171.

e. Ausweis über die Stimmberechtigung. *Eine* Vorschrift über das Verfahren scheint Art. 43 doch zu enthalten, die nämlich, dass der Schweizerbürger an seinem Wohnsitz an eidg. Wahlen und Abstimmungen sich beteiligen kann, «nachdem er sich über seine Stimmberechtigung gehörig ausgewiesen hat». Die Einschränkung darf selbstverständlich auch auf kantonale und kommunale Wahlen und Abstimmungen angewendet werden. Unbestritten ist, dass vom Einziehenden verlangt werden darf, dass er sich über sein Schweizerbürgerrecht und sein Alter ausweise; bestritten aber, ob auch der Ausweis, dass keiner der verschiedenen kantonalrechtlichen Ausschliessungsgründe bestehe. Diese Frage wurde einlässlich diskutiert beim Rekursfalle Dürnten. Der B. R. vertrat in seinem Entscheide vom 31. Januar 1876 (B.Bl. 1876, I, 437; *Salis*, III, Nr. 1167, und S. 285, VI) die Ansicht, der Niedergelassene habe sich nur über sein schweizerisches Bürgerrecht und das stimmfähige Alter auszuweisen: dafür spreche Art. 74 B. V., wo nur von jenen beiden Bedingungen die Rede sei, ferner Art. 5 des Bundesgesetzes vom 19. Juli 1872, wonach jeder in der Gemeinde wohnende Schweizerbürger von Amtes wegen in das Stimmregister einzutragen sei, insofern nicht der betreffenden Behörde die Beweise dafür vorliegen, dass er nach den Gesetzen des Kantons vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen sei; endlich habe sich die B. Vers. selbst für diese Auslegung ausgesprochen in Art. 6 des vom Volke verworfenen Gesetzesentwurfes vom 24. Dez. 1874. Der N. R. stimmte dieser Auffassung zu; der St. R. dagegen war gegenteiliger Ansicht: der Schlusssatz des 2. Abs. von Art. 43 sei bewusstermassen in die B.V. von 1874 aufgenommen worden, nachdem man den Schweizerbürger vom *Nachweis*, dass er die bürgerlichen Ehren und Rechte besitze, zur Erlangung der Niederlassung befreit habe; demgegenüber kommen ältere Gesetzesbestimmungen oder gar vom Volk verworfene blosse Gesetzesentwürfe nicht in Betracht[1]). Da sich die Räte nicht einigen konnten, blieb der B.R.B. bestehen. Er ist seither mehrmals bestätigt und dahin ergänzt worden, dass der Nachweis der bürgerlichen Rechte nur dann verlangt werden dürfe, wenn besondere Gründe zu einem Zweifel berechtigen[2]). Diese Lösung darf gewiss als vernünftig bezeichnet werden und sie steht auch mit der B.V. nicht in Widerspruch. Der Schlusspassus des 2. Abs. von Art. 43 stand schon im Entwurf des B.R. vom 17. Juni 1870, ohne in der Botschaft begründet zu sein; er wurde durch alle späteren Verhandlungen hindurch beibehalten, ohne nur besprochen worden zu sein; einzig in der N.R.K. von 1871 beantragte *Friderich* eine Fassung, in der der fragliche Passus fehlte, ohne diese Weglassung aber zu begründen[3]). Es scheint, dass man sich damals die Tragweite der Bestimmung nicht klar machte; sonst wäre wohl der Widerspruch zwischen der Verfassung und dem Gesetze von 1872 nicht unerwähnt geblieben. Art. 74 der B.V. kann allerdings nicht

[1]) Vgl. die beiden Berichte der St.R.K. vom 14. März 1876, B.Bl. 1876, I, 975, und vom 12. Dez. 1877, B.Bl. 1877, IV, 759. Bericht der N.R.K. vom 29. Jan. 1878, B.Bl. 1878, I, 135.

[2]) B.R. bei der Genehmigung des Tessiner Gesetzes am 17. Mai 1878, B.Bl. 1879, II, 588; *Salis*, III, Nr. 1168, und Botschaft des B.R. vom 2. Juni 1882 zum 3. Gesetzesentwurf über die politischen Rechte der Schweizerbürger, B.Bl. 1882, III, 21.

[3]) Prot. der N.R.K. 1871, S. 222—223.

herbeigezogen werden, denn er spricht nur von den materiellen Erfordernissen des Stimmrechts, nicht von der Beweisfrage. Für die Ansicht des B.R. sprechen aber gebieterische praktische Gründe: muss der sich Niederlassende den Nachweis bringen, dass er von keinem Ausschlussgrunde betroffen ist, und wendet man diesen Grundsatz wirklich an, so verlangt man einen so schwierigen Beweis, dass das materielle Recht unter dem bureaukratischen Formalismus ersticken wird; wendet man aber den Grundsatz nur ausnahmsweise an, so kommt man entweder zur Willkür, oder zur Regel des B.R., und wenn die Behörde vom Bürger ohne weitere Begründung den vollen Nachweis seiner Stimmberechtigung verlangen darf, so ist die Versuchung gross, politische Freunde und Gegner ungleich zu behandeln[1].

f. Dreimonatliche Frist. Über den *Beginn* der dreimonatlichen Wartefrist des Abs. 5 wurde entschieden, dass er nicht erst auf das Datum der Bewilligung der Niederlassung anzusetzen sei, sondern in der Regel auf das Datum des regelrechten und begründeten Gesuches, und dass er sogar noch früher anzusetzen sei, wenn in der erteilten Niederlassungsbewilligung die formelle Anerkennung liege, dass der Träger schon seit einem früheren Zeitpunkte in der Gemeinde domiziliert sei. B.R.B. vom 30. Juni 1891 betr. die tessinischen Grossratswahlen von 1889 (B.Bl. 1891, III, 1039, 1221, 12°; *Salis,* III, Nr. 1162, II). Selbstverständlich läuft die Frist nicht erst seit dem Momente der Eintragung ins Stimmregister, auch wenn diese Eintragung sofort nach Erlangung der Niederlassung erfolgen soll. Vgl. auch *Salis,* III, Nr. 570, 571, 589. M. E. verlangt die B.V. nur, dass sie vom Augenblick an gerechnet werde, wo die Niederlassung erteilt wurde oder ordnungsgemäss hätte erteilt werden sollen (vgl. Art. 45)[2]. Die Kantone können sich auch mit einer kürzeren Wartefrist begnügen, sofern nur das Prinzip des Wohnsitzes gewahrt bleibt. Die Praxis hat angenommen, dass dem Niedergelassenen das Stimmrecht an seinem bisherigen Wohnorte belassen werden könne, solange er es an seinem Niederlassungsorte nicht erworben habe.

g. Ausnahmen vom Wohnsitzprinzip. Ausser der eben erwähnten Ausnahme vom Grundsatze, dass der Schweizerbürger seine politischen Rechte an seinem Wohnorte ausüben soll, hat die Bundesgesetzgebung noch folgende eingeführt: Das Bundesgesetz betr. die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dez. 1851 (A.S. III, 33), bestimmt in Art. 5, dass die Mitglieder des B.R. und der eidg. Kanzlei ihr politisches und bürgerliches Domizil in demjenigen Kanton beibehalten, in dem sie verbürgert sind. Das Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893, Art. 15, hat jene Bestimmung auf die Mitglieder des Bundesgerichts ausgedehnt.

---

[1]) Gleicher Ansicht sind *Schollenberger,* Kommentar, S. 334, und *Kunz,* a.a.O., S. 73 bis 74. A. A. *Blumer-Morel,* I, 393, und *Dubs,* II, 110.

[2]) Die Ansicht *Blochs,* a.a.O., S. 409, dass die Wartefrist mit der Erteilung der Niederlassungsbewilligung laufe, gleichviel, ob der Betreffende wirklich Wohnsitz nehme oder nicht, ist m. E. mit dem Zweck der Wartefrist in Widerspruch; wenn die Verfassung in Abs. 5 von Niederlassung und nicht von Wohnsitz spricht, so ist daraus nicht zu folgern, dass sie den Wohnsitz nicht verlangt, sondern dass sie mehr als den Wohnsitz, nämlich dazu noch förmliche Niederlassung verlangt.

B. Rechtsstellung der Niedergelassenen im übrigen.

Die rein bürgerlichen Angelegenheiten ausgenommen, soll der Niedergelassene in Staat und Gemeinde dem Kantons- und Ortsbürger vollständig gleichgestellt sein; die B.V. verleiht ihm das Recht auf gleiche Behandlung sowohl im Verwaltungsverfahren wie im materiellen Verwaltungsrecht; er hat Anspruch auf Mitbenützung aller staatlichen und kommunalen Einrichtungen und Anstalten unter den gleichen Bedingungen wie der Kantons- und Gemeindebürger [1]), ohne dass diesen Vorteilen besondere Lasten gegenübergestellt werden dürften; er geniesst diese Rechtsstellung mit dem Augenblick, wo er Niederlassung erwirbt, nicht erst nach drei Monaten. Der Erwähnung bedürfen noch einige Punkte.

Zunächst die *Wählbarkeit:* Der B. R. erkannte den 12. Juni 1876 betr. den Gemeinderat von Orbe, dass eine Bestimmung, nach welcher die Mehrheit der Gemeinderatsmitglieder Gemeindebürger sein müssen, wie es Art. 84 der waadtländischen Verfassung von 1861 vorschrieb, der B.V. widerspreche (B. Bl. 1877, II, 529). M. E. fordert die B. V. nicht nur, dass die Niedergelassenen zu allen öffentlichen Ämtern wählbar seien, die vom Volk besetzt werden, sondern auch zu denjenigen, die von Behörden übertragen werden; eine Vorschrift, welche irgendwelche öffentliche Funktionen den Kantonsbürgern vorbehielte, wäre verfassungswidrig [2]).

Zu Diskussionen hat ferner die Frage Anlass gegeben, ob gemäss Art. 43 B.V. auch die jedem Wahlkreise zukommende Zahl von Vertretern im Grossen Rat nach Verhälnis der Wohnbevölkerung zu berechnen sei. Als das tessinische Volk am 9. März 1879 ein Verfassungsdekret angenommen hatte, welches als *Grundlage für die Volksvertretung* die Ticinesi attinenti, d. h. die tessinischen *Ortsbürger,* und die *niedergelassenen* Schweizerbürger jedes Wahlkreises nahm, verweigerte die B. Vers. die eidg. Garantie den 23. Dez. 1879 (B. Bl. 1880, II, 583; *Salis,* I, Nr. 82). Darin, führte der B. R. in seiner Botschaft vom 12. Dez. 1879 (B. Bl. 1879, III, 1190) aus, dass der in einem anderen Kantone niedergelassene Tessiner an seinem Heimatsorte gezählt werde, liege ein Verstoss gegen die politische Rechtsgleichheit und gegen Art. 43 B.V. Letzterer Artikel spreche zwar nur vom aktiven Stimmrecht des einzelnen Schweizerbürgers, und schreibe vor, dass niemand in mehr als einem Kantone politische Rechte ausüben dürfe. «Allein darf man nicht rückschliessend mit gleicher Berechtigung behaupten: es ist nicht zulässig, dass der gleiche Bürger in doppeltem Mass politisch repräsentiert sei?» Und anlässlich der Gewährleistung des Tessiner Verfassungsdekretes vom vom 8. Januar 1880, das sich vom früheren nur dadurch unterschied, dass es die dauernd im Ausland niedergelassenen Tessiner nicht mitzählte, erklärte der B. R. in seiner Botschaft vom 9. Juni 1880 (B. Bl. 1880, III, 294): «Wir halten nun dafür, dass einerseits die logische Entwicklung des in Art. 43 der B.V. niedergelegten Grundsatzes, wonach die politischen Rechte am Wohnsitze auszuüben sind, und anderseits der in Art. 4 der B.V. aufgestellte Grundsatz der Gleichheit es mit sich

[1]) *Blumer-Morel,* I, 395.

[2]) Z. B. Art. 1, Abs. 5, des waadtländischen Gesetzes vom 9. Januar 1832, sur les préfets: „Les Préfets doivent être Vaudois, domiciliés depuis un an dans leur arrondissement." Das Erfordernis des einjährigen Wohnsitzes ist selbstverständlich zulässig.

bringen, künstliche Bevorteilungen einzelner Orte in Beziehung auf das politische Gewicht, welches ihnen in der Gesetzgebung und Verwaltung des Kantons zugemessen werden will, als unzulässig auszuschliessen.» Das Dekret erhielt am 25. Juni 1880 die Gewährleistung mit dem Vorbehalte, dass im Sinne des Art. 4 der B. V. die tessinischen Angehörigen an ihrem Wohnsitz zu zählen seien (A. S. V, 111).

Jener Analogieschluss des B. R., der auch wieder i. J. 1895 in der Debatte über die Gewährleistung des Tessiner Verfassungsdekretes vom 16. Juni 1893 herbeigezogen wurde[1]), ist m. E. unrichtig. Er verkennt die wahre Natur der politischen Vertretung: Die Mitrechnung der ausser dem Wahlkreis wohnenden Ortsbürger desselben bewirkt einmal, dass jeder der dort stimmberechtigten Bürger mit seiner Stimme einen grösseren Einfluss auf das Wahlresultat erhält im gleichen Masse als die Zahl der Stimmberechtigten im Verhältnis zu der zu Wählenden kleiner ist; die Wähler eines Kreises, dem viele nicht stimmberechtigte Auswärtige beigezählt werden, sind bevorzugt gegenüber solchen, die einem Kreise mit wenigen Auswärtigen angehören; die Auswärtigen selbst haben *hierbei* keinen Vorteil. Die Frage ist aber nicht, ob eine solche Bevorzugung der Wähler eines Wahlkreises, sondern ob die Repräsentationsbasis, mit welcher diese Bevorzugung verbunden ist, zulässig sei; denn wenn es gerecht ist, dass die Kreise in diesem Verhältnis im Grossen Rate vertreten seien, so ist es nebensächlich, ob jedem einzelnen Bürger der gleiche Einfluss zukomme auf dieses Endresultat, wie ja auch die Wahlart des N. R. im Verhältnis zur Gesamtbevölkerung des Kantons dem Wähler eines mit Fremden stark durchsetzten Wahlkreises wie Baselstadt oder Genf ein grösseres Gewicht verleiht als dem Wähler eines andern Kantons. Darüber aber, wie die Grossratsmandate auf die einzelnen Landesteile zu verteilen seien, enthält Art. 43 B. V. keine Norm. Und es kann nicht ohne weiteres behauptet werden, die Berücksichtigung der auswärts wohnenden Ortsbürger verletze den Grundsatz der Rechtsgleichheit, denn sie sind doch noch mit ihrer Heimatgemeinde enger als mit einer anderen verbunden; fraglich kann höchstens sein, ob nicht eine Ungleichheit darin liegt, dass sie in gleichem Masse berücksichtigt werden, wie wenn sie im Kreise wohnten.

Die einzige Ausnahme vom Grundsatz der Gleichstellung der Niedergelassenen mit den Ortsbürgern ist der Ausschluss jener von der Verwaltung der *bürgerlichen Angelegenheiten* und vom *Mitgenuss der Bürger- und Korporationsgüter*. Bürger- und Korporationsgüter i. S. der B. V. sind solche, die der besonderen Korporation der Bürger gehören und nicht der durch alle Gemeindeeinwohner gebildeten Körperschaft. Das kantonale Recht bestimmt, ob und inwiefern die Bürgergüter den öffentlichen Gemeindezwecken dienen sollen; im gleichen Masse, wie dies der Fall ist, sind sie auch nicht mehr Bürgergüter, sondern Gemeindegüter und müssen sie den Niedergelassenen wie den Ortsbürgern kraft B. V. gleicherweise zu gute kommen. Rein bürgerliche Angelegenheiten sind nicht nur diejenigen, welche die Verwaltung der Bürgergüter betreffen, sondern auch solche amtliche Geschäfte, die der Korporation der Bürger über ihre Mitglieder übertragen sind, wie Vormundschaft, Armenpflege, Aufnahme neuer Bürger[2]) Diese Angelegenheiten sind rein

[1]) Botschaft des B. R. vom 31. Mai 1895, B. Bl. 1895, III, 217; *Salis*, I, Nr. 84.
[2]) Vgl. *Schollenberger*, Staats- und Verwaltungsrecht, I, S. 320.

bürgerliche, sofern sie nur Bürger i. e. S. betreffen; betreffen sie auch Nichtbürger, so können sie nicht durch Organe verwaltet werden, die durch die Bürger allein bestellt werden [1]. Die Kantone können den Niedergelassenen den Mitgenuss der Bürgergüter unentgeltlich oder gegen Entschädigung gestatten (B. Bl. 1877, II, 520; *Salis*, II, Nr. 549).

C. Genehmigung der kantonalen Gesetze.

Der Genehmigung des B. R. unterliegen die kantonalen Gesetze über das Recht der Niederlassung [2] und das Stimmrecht der Niedergelassenen; ob auch die Bestimmungen betr. die übrige Rechtsstellung der Niedergelassenen der Genehmigung bedürfen, ist zweifelhaft; der B. R. hat sich darüber im Entscheide Vögeli vom 10. Febr. 1880 in verneinendem Sinne ausgesprochen [3]. Das Stimmrecht der Niedergelassenen ist sowohl in kantonalen wie in Gemeindeangelegenheiten zu prüfen [4]. Der bundesrätlichen Genehmigung unterliegen nicht die kantonalen Vorschriften über den Aufenthalt und das Stimmrecht der Aufenthalter [5].

Wenn die B. V. von der Genehmigung der kantonalen *Gesetze* spricht, so geschieht es offenbar, weil sie voraussetzt, dass die wichtigeren Vorschriften in einer für den ganzen Kanton gültigen Form ausgesprochen sein werden, während Gemeindeverordnungen nur untergeordnete Ausführungsvorschriften enthalten werden. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass die Kantone verpflichtet seien, Niederlassungsgesetze zu erlassen, oder dass sie die Gemeinden nicht ermächtigen können, im Rahmen der B. V. alle erforderlichen Vorschriften über das Niederlassungswesen aufzustellen [6], und dass in diesem Falle diese Gemeindevorschriften dem B. R. zu unterbreiten seien. Die B. V. wollte nicht in die Gemeindeorganisation eingreifen, ebensowenig aber sich mit dem Detail der Gemeindereglemente abgeben; sie können ja stets auf dem Rekurswege angefochten werden, und eben deshalb, weil sie nur für eine Gemeinde gelten, hat es weniger auf sich, wenn sie nicht von Amtes wegen auf ihre Verfassungsmässigkeit geprüft werden.

Die *Genehmigung* der kantonalen Gesetze durch den B. R., wie sie die B. V. in Art. 43 und 55, Abs. 2, vorsieht [7], hat m. E. eine ähnliche Bedeutung wie die Gewährleistung der Kantonsverfassungen des Art. 6

---

[1]) Die Anstände über die besprochene Verfassungsbestimmung waren bis jetzt nicht häufig. Vgl. *Salis*, II, Nr. 570; III, Nr. 1159.

[2]) Vgl. *Salis*, II, Nr. 546, 547.

[3]) Die Bejahung scheint mir richtiger. Der B. R. erklärte, er habe nicht darüber zu entscheiden, ob bestimmte Gemeindegüter in concreto der Bürgergemeinde gehören oder nicht; m. E. hat er u. U. auch diese Vorfrage zu entscheiden. B. Bl. 1881, II, 666; *Salis*, II, Nr. 569, 570; III, Nr. 1107.

[4]) *Salis*, III, Nr. 1106. A. M. *Schollenberger*, S. 341. Die Protokolle geben keinen Aufschluss darüber, warum der St. R. die Fassung des N. R.: „Die Niederlassungsgesetze der Kantone sind dem B. R. zur Genehmigung vorzulegen", durch die heutige ersetzte. M. E. hat der Ausdruck „in den Gemeinden" nicht die Bedeutung einer sachlichen Einschränkung, sondern nur eines überflüssigen Hinweises auf den Ort, wo das Stimmrecht ausgeübt wird.

[5]) *Salis*, III, Nr. 1106, 1108, 1109; II. 571.

[6]) A. M. *Leo Weber*, Gutachten über die Autonomie der Stadtgemeinde Zürich im Gebiete des Niederlassungsrechts, Zürich 1902, S. 25—27. Es ist m. E. gleichgültig, ob die Gemeindeverordnung von einer kantonalen Instanz genehmigt wird oder nicht.

[7]) Der französische Text spricht in Art. 43 von „sanction", in Art. 55 von „approbation" du Conseil fédéral. — Eine Reihe von Bundesgesetzen enthalten die gleiche Bestimmung.

B. V. Die Genehmigung des B. R. ist nicht als eine Mitwirkung beim kantonalen Gesetzgebungsrecht gedacht, etwa in der Art des Sanktionsrechts des Monarchen; das kantonale Gesetz ist *fertig*, wenn es alle Stadien des kantonalen Gesetzgebungsverfahrens durchlaufen hat. Damit ist aber nicht gesagt, dass das kantonale Gesetz schon vor der Genehmigung *vollziehbar* sei. Auch dies ist indessen anzunehmen; was bei kantonalen Verfassungen gilt, muss um so mehr bei blossen Gesetzen gelten; das Genehmigungsrecht soll auch hier dem B. R. nur ermöglichen, die verfassungswidrigen Bestimmungen aufzuhalten und vom Kanton zu verlangen, dass sie vom Gesetze auch formell ausgemerzt und ausser Wirksamkeit gesetzt werden (vgl. Art. 2 Ü. B.). Die Genehmigung aber hat nicht die Bedeutung eines definitiven und unanfechtbaren Urteils über die Verfassungsmässigkeit der genehmigten Bestimmungen; sie kann zurückgenommen werden, wenn das Gesetz später eine verfassungswidrige Auslegung und Anwendung erfährt[1]. Endlich ist die Rekursbehörde durch die Genehmigung nicht gebunden.

Art. 44.

Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verbannen (verweisen) oder ihn des Bürgerrechts verlustig erklären.

Die Bedingungen für die Erteilung des Bürgerrechts an Ausländer, sowie diejenigen, unter welchen ein Schweizer zum Zwecke der Erwerbung eines ausländischen Bürgerrechts auf sein Bürgerrecht verzichten kann, werden durch die Bundesgesetzgebung geordnet.

I. Geschichte[2].

Die *helvetische Verfassung* vom 12. April 1798, Art. 19, schuf ein einheitliches Schweizerbürgerrecht, und zwar sollten dieses Bürgerrechts teilhaftig werden alle bisherigen Bürger einer Gemeinde und alle «ewigen Einwohner». Art. 20 und 27 setzten die Bedingungen des Erwerbes und Verlustes fest: das Bürgerrecht konnte nach einem Aufenthalt von zwanzig Jahren in der Schweiz erworben werden und ging von Gesetzes wegen verloren wegen Naturalisierung in fremden Landen, Eintritt in

---

[1]) *Leo Weber*, a. a. O., S. 39. Vgl. auch bezüglich der Genehmigung der kant. Vollziehungsverordnungen zum Bundesgesetz betr. Zivilstand und Ehe, Art. 60 desselben; *Salis*, IV, Nr. 1478.

[2]) Vgl. über die ältere Geschichte vor 1798: *Rüttimann*, Über die Geschichte des schweizerischen Städtebürgerrechts. Akad. Vortrag, Zürich 1862. *Fr. v. Wyss*, Die schweiz Landgemeinden. Zeitschr. für schweiz. Recht (alte F.), Bd. II, 43. *Rieser*, Das Schweizerbürgerrecht, Bern 1892. *Blumer-Morel*, I, 328; *Kunz*, Die Strafe der Landesverweisung nach schweiz. Recht, Zürcher Diss. 1895.

eine fremde Korporation, Desertion und zehnjährige Abwesenheit. Die Gesetze vom 13. Nov. 1798 über die Munizipalitäten und vom 13. und 15. Febr. 1799 über das Bürgerrecht [1]) führten die Verfassungsbestimmungen in der Weise aus, dass der Schweizerbürger an allen politischen Rechten und öffentlichen Einrichtungen in der Gemeinde, wo er sich niederliess, teilnahm, ausgenommen am eigentlichen Burgergut; die Burgergemeinde hatte aber alle Armen zu unterstützen, die in der Gemeinde wohnten [2]).

Mit der *Mediationsakte* traten an Stelle des reinen Schweizerbürgerrechts wieder die kantonalen Bürgerrechte, gemäss der staatsrechtlichen Natur der Eidgenossenschaft. Der *Bundesvertrag von 1815* bestätigte dieses Verhältnis. Schon am 4. Juli 1804 erkannte die Tagsatzung, «es stehe den Kantonen zu, das Bürgerrecht zu erteilen», und am 14. Juli 1804 fasste sie den Beschluss: «Niemand soll als Schweizerbürger erkannt werden, er sei denn Bürger eines Kantons und könne es durch einen Burgerrechts- oder Heimatschein beweisen» [2]). Nach Inkrafttreten des Bundesvertrages bestätigte die Tagsatzung diese Beschlüsse durch Beschluss vom 13. Juli 1819 betr. Erteilung und Beurkundung des schweizerischen Bürgerrechts, der bestimmte: 1. Es steht den Kantonen zu, das Bürgerrecht zu erteilen. 2. Um als Schweizerbürger anerkannt zu werden, muss man Bürger oder Angehöriger eines Kantons sein. Der Beweis dafür wird geleistet: entweder durch die Bescheinigung des Kantons- und Gemeindebürgerrechts oder aber durch die Erklärung der Regierung, dass sie das betreffende Individuum als Anwohner und Angehörigen ihres Kantons anerkenne [3]). Es war dies, juristisch betrachtet, nur eine Vereinbarung der Kantone über die Anerkennung ihrer eigenen Bürger.

Als Vorläufer des Verbotes, einen Kantonsbürger seines Bürgerrechtes verlustig zu erklären, können die verschiedenen Konkordate gelten, welche die Entstehung neuer Heimatlosenfälle verhüten sollten (vgl. unten Art. *54* und *68*).

Das 1874 aufgestellte Verbot an die Kantone, Kantonsbürger aus ihrem Gebiete zu verbannen, weist zurück auf das Konkordat vom 17. Juni 1812, bestätigt am 9. Juli 1818, betr. die polizeilichen Verfügungen gegen Gauner, Landstreicher und gefährliches Gesindel, sowie die Verbannungsurteile (Off. Sammlg. I, 307, vgl. II, 149), durch welches alle Kantone sich u. a. verpflichteten, keine der gemeinen Sicherheit gefährlichen Schweizer zu verbannen [4]).

Bei der Redaktion der Bestimmungen über das Bürgerrecht war die Tagsatzung hauptsächlich vom Gedanken beherrscht, neue Heimatlosenfälle und Konflikte mit auswärtigen Staaten zu vermeiden. Die I. Sektion der Revisionskommission hatte die Bestimmung vorgeschlagen: «Kein Kanton darf einen Angehörigen gegen dessen Willen aus irgend einem Grunde des Bürgerrechts verlustig erklären»; die Kommission strich aber die Worte: «gegen dessen Willen» und beschloss zuerst,

---

[1]) Akten der Helvetik, III, 1134. 1158. Das Gesetz vom 9. Okt. 1800 stellte aber die helvetischen Bürger, die sich eingekauft hatten, und deren Kinder, in ihre Anteilsrechte an den Gemeinds- und Armengütern wieder ein. Ibid. VI, 269.

[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., S. 200.

[3]) Offiz. Sammlg., I. 286.

[4]) Vgl. dazu die Erklärung vom 14. Juli 1828: *Snell,* I, 263.

es solle das Bürgerrecht, auch *mit* dem Willen des Bürgers, in einem Kanton nur dann als erloschen betrachtet werden, wenn der Betreffende sich über den Erwerb eines anderen Heimatrechtes auszuweisen im stande sei; der Nachsatz wurde aber später wieder gestrichen[1]. In der Tagsatzung selbst beantragte Zürich den Zusatz: «es wäre denn, dass derselbe im Ausland ein unbestrittenes Heimatrecht besitzen würde»; worauf aber erwidert wurde, das schweizerische Bürgerrecht müsse so heilig geachtet werden, dass eine Verjährung nicht zugelassen werden könne. Der Eidgenosse solle des Bürgerrechts nur dann verlustig gehen, wenn er freiwillig darauf verzichte und nachweise, dass er sich ein anderes Indigenat erworben habe.

Der zweite Absatz wurde von *Zürich* beantragt, in etwas anderer Fassung[2].

Art. 43 der B. V. von 1848 lautete demnach: «Kein Kanton darf einen Bürger des Bürgerrechts verlustig erklären. — Ausländern darf kein Kanton das Bürgerrecht erteilen, wenn sie nicht aus dem früheren Staatsverband entlassen werden.» Nach dem Verfassungsrechte von 1848 konnten die Kantone die eigenen Angehörigen mit Verbannung bestrafen; die meisten Strafgesetze sahen die Verbannung vor, und zwar entweder nur für Kantonsfremde oder für Kantonsfremde in ausgedehnterem Mass als für Kantonsangehörige. Die Bundesbehörden erklärten diese ungleiche Behandlung als verfassungswidrig (Art. 48), konnten aber nicht verhindern, dass die Verbannung gegen Kantonsfremde angewendet wurde, wenn sie für Kantonsangehörige nach Gesetz zulässig war[3]. Gegen diesen Rechtszustand richtete sich ein Antrag der St. R. K. bei der Revision von 1865, in die B. V. die neue Bestimmung aufzunehmen: «Es ist Sache der Bundesgesetzgebung, zu bestimmen, unter welchen Bedingungen die Kantonsverweisung gegenüber von Bürgern des eigenen Kantons und von schweizerischen Niedergelassenen verfügt werden darf» (B. Bl. 1865, III, 647). Die Kantone sollten dadurch verhindert werden, nichtgemeingefährliche Vergehen Kantonsfremder und Kantonsangehöriger mit der Verweisung aus dem Kantonsgebiet zu bestrafen, wie es mitunter geschehen war. Die B. Vers. berücksichtigte den Vorschlag, indem sie die Bundesgesetzgebung in allgemeiner Weise ermächtigte, einzelne Strafarten als unzulässig zu erklären. Dieser Revisionspunkt wurde indessen wie die meisten andern in der Volksabstimmung verworfen.

Bei den Revisionsverhandlungen der Jahre 1871—72 beantragte bereits die politische Sektion der N. R. K. als 1. Absatz des Art. 43: «Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete verweisen oder ihn des Bürgerrechts verlustig erklären.» Die N. R. K. gab dem 1. Absatz die heutige Fassung; die späteren Verhandlungen hatten, abgesehen vom Antrage, die Bestimmung ganz zu streichen, nur redaktionelle Fragen zum Gegenstand[4].

Grössere Schwierigkeiten bereitete die Regelung der Erwerbung und des Verlustes des Schweizerbürgerrechts. Nach der B. V. von 1848

---

[1]) Prot. der Tagsatzungskommission, S. 145, 174, 193.

[2]) Eidg. Absch. 1847, IV, S. 81—86, 268.

[3]) *Kunz*, a. a. O., 90 ff., 94 ff. *Ullmer*, Nr. 213, 214. Vgl. B. Bl. 1865, III, 647.

[4]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 39, 130. Prot. der St. R. K. 1871, S. 89. Prot. des N. R. 187 bis 1872, S. 211, 547. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 98, 332.

hatte die Bundesbehörde kein Mitwirkungsrecht bei Erteilung des Bürgerrechts oder Entlassung aus demselben. Um der dadurch ermöglichten Verschacherung des Schweizerbürgerrechts durch geldgierige Gemeinden entgegenzutreten, schlug der B. R. in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 vor, dem Bunde ein Mitwirkungsrecht zu geben, welches sich vom Entscheidungsrecht der Kantone möglichst scharf abtrennen lasse und das darin bestehen sollte, dass die Bundesbehörden vorgängig zu prüfen hätten, ob der bisherige Staatsverband mit der Erteilung des Schweizerbürgerrechts gelöst sein werde, während es Sache der Kantonsbehörden bleiben sollte, das Bürgerrecht zu erteilen.

Die N. R. K. hob auf den Antrag der I. Sektion diese Mitwirkung des B. R. wieder auf, fügte aber dem bisherigen Art. 43 einen neuen Absatz bei: «Wer ein auswärtiges Staatsbürgerrecht erwirbt oder annimmt, verliert seine schweizerischen und kantonalen Bürgerrechte [1].» Dieser letzte, in verschiedener Form wiederholte Antrag sollte dem Übelstande der Doppelbürgerrechte abhelfen; es wurde ihm aber im Laufe der Verhandlungen mit der Erwägung begegnet, der Schweizer sehe sich oft im Auslande gezwungen, das Bürgerrecht nachzusuchen, um Grund und Boden zu erwerben oder ein Gewerbe auszuüben, und einer tief wurzelnden Anschauung gemäss sei das Schweizerbürgerrecht ein unverjährbares Gut; endlich laufe man Gefahr, mit einer solchen Vorschrift neue Heimatlose zu schaffen. Der Grundsatz der absoluten Unverjährbarkeit blieb schliesslich sowohl gegenüber dem erwähnten als gegenüber vermittelnden Anträgen in Mehrheit. Denjenigen, welche die Aufnahme neuer Schweizerbürger wenigstens im bisherigen Umfange den Kantonen überlassen wollten und in jeder Beschränkung des Rechts eine Minderung der internationalen Selbständigkeit der Schweiz oder der Souveränität der Kantone erblickten, standen diejenigen gegenüber, welche, gestützt auf zahlreiche Erfahrungen, die unbedachte Aufnahme neuer Bürger als Quelle internationaler Verwicklungen ansahen, und die dem Bunde. als dem hierfür gegenüber dem Auslande verantwortlichen Verbande, ein Zustimmungsrecht einräumen wollten. Von verschiedener Seite wurde beantragt, in die Verfassung selbst die Bedingungen der Naturalisation von Ausländern aufzunehmen: nämlich von den einen bloss den Verzicht des neuen Bürgers auf sein bisheriges Bürgerrecht, von den andern dagegen ausser der förmlichen Entlassung aus dem bisherigen Staatsverband noch einen mehrjährigen Aufenthalt in der Schweiz. Nachdem sich der N. R. zuerst für Beibehaltung des geltenden Rechts erklärt hatte, nahm der St. R. eine mit der heutigen übereinstimmende Vorschrift an, welche die Kompetenz des Bundesgesetzgebers zur Regelung dieser Materie statuierte und nur über den Verlust des Schweizerbürgerrechtes materielles Recht andeutete [2].

In den Verhandlungen der Jahre 1873 und 1874 wurde der Antrag gestellt, auch die Einbürgerung der niedergelassenen Schweizerbürger im Niederlassungskanton durch die Verfassung oder durch die Bundesgesetzgebung zu regeln; er blieb aber in Minderheit [3].

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 39, 130, 224, 242.

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 89—91. Prot. des N. R. 1871—72, S. 194, 195, 196, 211—217, 547, 578. Prot. des St. R. vom 31. Januar und 2. Febr. 1872. *Bulletin*, S. 227, 259, 521. Ein Antrag *Morel*, welcher das Bürgerrecht denjenigen Ausländern erteilen wollte, die fünf Jahre in der Schweiz festen Wohnsitz besessen und auf ihr bisheriges Staatsbürgerrecht urkundlich verzichteten, wurde abgewiesen.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 98—101, 332.

II. Auslegung.

1. *Staatsangehörigkeit* ist das staatsrechtliche Verhältnis, kraft dessen eine Person einer bestimmten Gewalt unterworfen ist[1]). Wenn in der Schweiz zwei Staatsgewalten, diejenige des Bundes und der Kantone vorhanden sind, muss es auch zwei Staatsangehörigkeiten oder Bürgerrechte geben, das eidgenössische oder schweizerische und das kantonale. Es gibt so sicher ein schweizerisches (eidgenössisches) Bürgerrecht, als es eine Bundesstaatsgewalt gibt, der der Einzelne unterworfen ist[2]), und so sicher ein Kantonsbürgerrecht, als die Kantone Staaten und nicht bloss autonome Kommunalverbände sind. Aus dem gleichen Grund ist das Gemeindebürgerrecht kein eigentliches Bürgerrecht.

Über das Verhältnis des Kantonsbürgerrechts zum Schweizerbürgerrecht bestimmt Art. 43 B. V., dass jeder Kantonsbürger von Rechts wegen auch Schweizerbürger ist, während Art. 44 davon handelt, wie das Kantonsbürgerrecht erworben wird. Das Schweizerbürgerrecht kann aber in der Regel nicht anders erworben werden als durch Erwerb eines Kantonsbürgerrechts; es ist also in bezug auf den Erwerbstitel gegenüber diesem in der Regel das logisch Sekundäre, wenn es auch seinem Inhalte nach selbständig ist.

Über das Verhältnis des Gemeindebürgerrechts zum Kantons- und Schweizerbürgerrecht sagt die B.V. nichts; historisch ist das Gemeindebürgerrecht zweifellos der Ausgangspunkt; es ist auch nach heutigem kantonalen Recht noch so, insofern als die Zusicherung eines Gemeindebürgerrechts Voraussetzung für die Erwerbung des Kantonsbürgerrechts auf dem Wege der Naturalisation ist. Rechtlich aber ist das Gemeindebürgerrecht das Sekundäre, weil unter allen Umständen das kantonale Recht die Art der Erwerbung und den Inhalt des Gemeindebürgerrechts bestimmt. Die B.V. dagegen enthält keine Vorschrift weder über den Inhalt des Gemeindebürgerrechts noch über die Autonomie der Gemeinde in der Verleihung desselben; die Kantone könnten daher das Bürgerrecht der Heimatgemeinde ganz aufhehen ohne Verletzung der B.V. Nur das postuliert Art. 4 B.V. (vgl. Art. 68), dass alle Kantonsangehörigen gleich behandelt werden und nicht den einen das Gemeindebürgerrecht vorenthalten werde, während es andere besitzen.

2. Art. 44, Abs. 2, behandelt nur das internationale Verhältnis des schweizerischen Bürgerrechts zum ausländischen, m. a. W. *die Erteilung des Bürgerrechts an Ausländer* und den Verzicht auf das kantonale Bürgerrecht, wenn darin auch der Verzicht auf das schweizerische liegt; sie behandelt nicht die Erwerbung eines neuen oder andern Kantonsbürger-

---

[1]) M. E. unterscheidet sich der Staatsangehörige vom Fremden juristisch dadurch, dass er kraft Landesrechts unbedingt der Staatsgewalt unterworfen ist, durch einseitigen Willen dieser Staatsgewalt selbst, während der Ausländer der Staatsgewalt nur bedingt unterworfen ist, d. h. infolge eigenen Willensaktes, wie Betreten des Staatsgebietes, oder infolge Zugeständnisses der fremden Staatsgewalt.

[2]) Äusserungen, wie die bei der Revision des Bürgerrechtsgesetzes in der B. Vers. gemachten, dass es *eigentlich* kein Schweizerbürgerrecht gebe, sind vollständig verkehrt. St. B. XII, 284 vot. *Amsler,* 301 vot. *de Meuron.* Ebenso die St. R. K., Bericht vom 10. Juni 1876, B. Bl. 1876, III, 326. Die Frage ist übrigens mehr theoretischer Natur; vgl. *Bluntschli,* Geschichte des schweiz. Bundesrechtes, Bd. I, S. 529; *Dubs,* I, 38, II, 109; *Orelli,* S. 69; *Blumer-Morel,* I, 335; *Rüttimann,* Über die Geschichte des schweiz. Gemeindebürgerrechts, 11. *Rieser,* a. a. O., 94 ff., 103. *Huber,* System und Geschichte des schweiz. Privatrechts, I, 145.

rechts durch einen Schweizerbürger oder den Verzicht auf ein Kantonsbürgerrecht bei Erwerbung oder Beibehaltung eines anderen, also ohne Verzicht auf das Schweizerbürgerrecht [1]. Der Bund ist daher nicht kompetent, über die Erteilung des Kantonsbürgerrechts an Schweizer und über den Verzicht eines Schweizers, der mehrere Kantonsbürgerrechte besitzt, auf eines derselben, zu legiferieren. Nur insofern ist der Bund kompetent, als die Verschiedenheit der kantonalen Gesetzgebungen zu Konflikten Anlass gibt, sei es dadurch, dass ein Schweizerbürger von keinem Kanton als sein Angehöriger anerkannt werden will (Heimatlosigkeit), oder dadurch, dass zwischen den mehreren Kantonen, denen ein Schweizerbürger angehört, Streit über die Ausübung von Rechten oder Erfüllung von Pflichten bezüglich des mehrfachen Kantonsbürgers entstehen. Sicher ist, dass das B. Ger. kompetent ist, über die einzelnen derartigen Kollisionsfälle Recht zu sprechen; m. E. wäre der Bund auch kompetent, darüber gesetzliche Normen aufzustellen; denn wenn das B. Ger., wie selbstverständlich, nach Rechtssätzen urteilen soll, so ist nicht einzusehen, weshalb diese Rechtssätze nicht durch den Bundesgesetzgeber sollten festgestellt werden dürfen. Diese Feststellung berührt nicht mehr das Verhältnis von Bund zu Kanton, sondern bloss der rechtsprechenden zur gesetzgebenden Bundesbehörde. Einen dahin gehenden Wunsch äusserte der Kanton Glarus bereits 1851; *Ullmer*, II, Nr. 824.

Das Verbot des ersten Absatzes dagegen, einen Kantonsbürger seines Kantonsbürgerrechts verlustig zu erklären, betrifft sowohl den Fall, wo der Betroffene noch Bürger eines andern Kantons ist, als denjenigen, wo er nur das eine Bürgerrecht besass, das ihm entzogen werden soll [2]. Der Zweck dieses Verbotes ist, die Entstehung von Heimatlosen zu verhüten; dazu genügt es an sich allerdings, dass nur demjenigen nicht sein Kantonsbürgerrecht entzogen werde, der kein anderes daneben besitzt; allein wenn der Bund nicht kompetent ist, Erwerbung und Verlust des Bürgerrechts interkantonal zu normieren, so ist das einzige Mittel, der Heimatlosigkeit vorzubeugen, das absolute Verbot an die Kantone, einen Angehörigen seines Bürgerrechts verlustig zu erklären. Hat Art. 44, Abs. 1, diesen Sinn, so sind kantonale Doppelbürgerrechte unvermeidlich, sofern nur, wie es meistens der Fall ist [3], dem niedergelassenen Schweizerbürger die Einbürgerung im Niederlassungskanton ohne Verzichtleistung auf sein bisheriges Kantonsbürgerrecht gestattet wird.

3. Das Verbot der Bürgerrechtsentziehung in Abs. 1 so wenig als Abs. 2 des Art. 44 beziehen sich auf die *familienrechtlichen Voraussetzungen* des Erwerbs und des Verlustes des Bürgerrechts. Dass die Frau durch die Verehelichung das Heimatrecht des Mannes erwirbt (und ihr

[1] In den Verhandlungen der Jahre 1871—74 über Art. 44, Abs. 2, war stets nur von Ausländern die Rede. Der Antrag, auch die Einbürgerung der niedergelassenen Schweizerbürger im Niederlassungskanton zu regeln, wurde ausdrücklich abgelehnt, wie oben unter 1 bemerkt. Vgl. *Rieser*, a. a. O., 88, 91. St. B XII, 661; Votum *Bigler*.

[2] Vgl. *Blumer-Morel*, I, 331. *Ullmer*, I, Nr. 29, wo die Bestimmung der Urner Verfassung von 1850, dass derjenige sein Bürgerrecht verliere, der es nicht in den festgesetzten Terminen erneuere, auch wenn er (in einem anderen Kanton oder im Ausland) ein neues Bürgerrecht erworben habe; II, Nr 823, wo die Vorschrift unzulässig erklärt wurde, dass ein Kantonsbürger sein Bürgerrecht verliere, wenn er ein anderes Kantonsbürgerrecht erwerbe.

[3] Vgl. *Schollenberger*, Kant. Staats- und Verwaltungsrecht, II, S. 27, Nr. 4, S. 19.

bisheriges verliert), ist in Art. 54 B. V. selbst gesagt (vgl. das Konkordat vom 8. Juli 1808). Dass das eheliche Kind dem Bürgerrecht des Vaters und das aussereheliche demjenigen der Mutter[1]) folge, galt als selbstverständlich[2]); eine widersprechende kantonalrechtliche Bestimmung wäre wohl auch durch Art. 44, Abs. 1, ausgeschlossen. Die Legitimation hat nach geltendem kantonalen Recht und nach Art. 54, Abs. 5, B. V., überall die Wirkung, dem legitimierten Kinde das Bürgerrecht des Vaters zu verschaffen; es ist anzunehmen, dass das kantonale Recht, ausser im Falle des Art. 54, Abs. 5, B. V., darüber auch im Verhältnis zum Ausland zu entscheiden hat, solange nicht schweizerisches Zivilrecht an seine Stelle tritt[3]), und zwar ebensowohl über Verlust als über Erwerb des kantonalen Bürgerrechts[4]).

Art. 44 der B. V. berührt auch nicht den *Wechsel des Bürgerrechts infolge völkerrechtlicher Rechtsvorgänge;* wie der Bund zur Abschliessung von Staatsverträgen mit dem Ausland überhaupt unbeschränkt kompetent ist, so ist er es auch bezüglich dieses Gegenstandes[5]) Die B. V. hat mit Art. 44 vielmehr diejenigen Normen im Auge, welche die Erwerbung oder den Verlust des Bürgerrechts von anderen als zivilrechtlichen oder völkerrechtlichen Voraussetzungen abhängig machen[6]).

4. Art. 44, Abs. 2 B. V., gibt dem Bund das Recht, auf dem Wege der Gesetzgebung «die Bedingungen für die *Erteilung des Bürgerrechts* an Ausländer» zu ordnen. Das erste Ausführungsgesetz betr. die Erteilung des Schweizerbürgerrechts und den Verzicht auf dasselbe, vom 3. Juli 1876 (A. S. II, 510), hatte diejenigen Bedingungen aufgestellt, die zur Erteilung des Schweizerbürgerrechts an Ausländer notwendig erschienen, und dem B. R. das Recht der Kontrolle übertragen; es überliess aber den Kantonen das Recht, zu entscheiden, ob sie denjenigen, die diese Bedingungen erfüllten, das Bürgerrecht erteilen wollten oder nicht, und daher auch, ob sie den bundesgesetzlichen noch weitere erschwerende Bedingungen hinzufügen wollten; die Kantone machten auch von dieser Befugnis Gebrauch, namentlich durch Erhebung hoher kantonaler und kommunaler Einbürgerungsgebühren. Die bedeutende Zunahme der Ausländer in der Schweiz veranlasste aber den Bund, Mittel und Wege zur Erleichterung der Einbürgerung zu suchen, und es entstand die Frage, ob der Bund kompetent sei, alle Bedingungen der Einbürgerung festzustellen, m. a. W., ob er das Bürgerrecht selbst erteilen könne oder die Kantone zwingen, es unter bestimmten Voraussetzungen zu erteilen. Der B. R. sprach sich in seiner Botschaft vom 20. März 1901 (B. Bl. 1901, II, 453) gegen diese Auslegung aus: weil sich aus der ganzen

---

[1]) B. Ger. vom 24. Aug. 1878 i. S. Fontana. IV, 342.

[2]) Eine Bestätigung dieser Annahme findet sich in Art. 11 und 12 des B. Ges. betr. die Heimatlosigkeit, vom 3. Dez. 1850, A. S. II, 138. Danach gehören Kinder aus gültigen Ehen dem Kantone an, in welchem der Vater ein Kantons- oder Gemeindsbürgerrecht hatte; aussereheliche folgen dem Bürgerrecht der Mutter. Findelkinder sind nach Art. 23 in demjenigen Kantone einzubürgern, in welchem sie ausgesetzt wurden, sofern ihnen nicht ein anderes Bürgerrecht ausgemittelt werden kann.

[3]) *Huber,* Schweiz. Privatrecht. I, 410. B. Ger. vom 29. Juni 1898 i. S. Büchler, XXIV. I, 210. 9. Febr. 1878 i. S. Gem. Niederdorf. IV, 189. Betr. Adoption vgl. *Huber,* a. a. O., S. 410 ff.

[4]) Unrichtig: *Desgouttes,* Les rapports de droit civil, Genève 1892, p. 120 suiv. Vgl. den im B Bl. 1900, I, 786, erwähnten Fall.

[5]) Vgl. den französisch-schweizerischen Vertrag betr. das Dappental. vom 8. Dez. 1862, A. S. VII, 449, Art. III. Vgl. auch Art. *68* B. V.

[6]) Vgl. die zit. b. ger. Entscheidung: XXIV, I, 210.

Entstehungsgeschichte des Art. 44 B. V. ergebe, dass man dem Bunde nur ein Recht der Kontrolle der kantonalen Naturalisation habe geben wollen, und weil die Einbürgerung kraft Bundesgesetzes in die der kantonalen Souveränität überlassenen Gebiete der Armenunterstützung und Bürgergüter zu tief eingreifen würde. Die Mehrzahl der Redner in der B. Vers. billigten diesen Standpunkt[1]). Er entspricht in der Tat allein dem Willen der B. V.; zum Beweise brauchen nicht einzelne Voten aus den Revisionsverhandlungen angeführt zu werden; für jeden, der die Entwicklung der Verfassungsbestimmung verfolgt, ergibt sich klar, dass 1872 und 1874, wie noch zur Zeit des Erlasses des Gesetzes von 1876, die ganze Tendenz dahin ging, die Kantone in der Freiheit der Einbürgerung von Ausländern zu beschränken; zu diesem Zwecke allein wurde der Bund ermächtigt, die Bedingungen der Erwerbung des Bürgerrechts festzusetzen, nicht um den Kantonen die Einbürgerung aufzudrängen oder sie daran zu hindern, ihrerseits weitere Bedingungen der Einbürgerung zu setzen. Es ist daher m. E. auch nicht zulässig, die Kantone zur Herabsetzung oder Aufhebung ihrer Einbürgerungstaxen zu zwingen, wie es für die kantonalen Taxen im N. R. ebenfalls vorgeschlagen wurde[2]).

Eine Ausnahme vom Grundsatz, dass es Sache der Kantone und nicht des Bundes sei, das Bürgerrecht zu erteilen, machte allerdings schon das Gesetz von 1876 (A. S. II, 510), indem es den B. R. ermächtigte, von sich aus die Witwe, die geschiedene Ehefrau, sowie diejenigen Kinder eines entlassenen Schweizerbürgers, welche zur Zeit der Entlassung noch minderjährig waren, binnen 10 Jahren nach Auflösung der Ehe, für die Kinder nach erlangter Volljährigkeit ins Schweizerbürgerrecht wieder aufzunehmen (Art. 9).

Das revidierte Gesetz vom 25. Juni 1903 (A. S. II, 690) gestattet nun dem B. R., nach Anhörung des Heimatkantons, wie bisher die Witwe und die zu Tisch und Bett getrennte oder die geschiedene Ehefrau eines Schweizerbürgers, welcher auf sein Bürgerrecht verzichtet hat, samt den z. Z. der Entlassung unter elterlicher Gewalt stehenden Kindern, in ihr früheres Gemeinde- und Kantonsbürgerrecht wieder aufzunehmen, ausserdem aber noch die Witwe, die geschiedene oder getrennte Ehefrau, welche durch ihre Heirat das Schweizerbürgerrecht verloren hat, ferner solche Personen, welche durch besondere Verhältnisse genötigt wurden, auf das Schweizerbürgerrecht zu verzichten, und schliesslich, in allen drei Fällen, die zur Zeit der Wiederaufnahme nach ausländischem Recht noch minderjährigen oder bevormundeten Kinder (Art. 10)[3]).

5. Kein Kanton darf einen Kantonsbürger *des Bürgerrechts verlustig erklären;* m. a. W., er darf ihn aus seinem Staatsverband nur entlassen,

[1]) St. B. XII, 269, Votum *Lutz* 271—72, Votum *de Meuron* 273, 280, Votum B. R. *Brenner* 299, 311, 609, 629. *Schollenberger,* Kommentar, S. 347, scheint a. M. zu sein.

[2]) St. B. XII, 255, Antrag *Vogelsanger* und Antrag der Kommissionsmehrheit; die Ansichten über die Verfassungsmässigkeit der Anträge waren geteilt; *dagegen: de Meuron* 271, B. R. *Brenner* 281, 302, *Lutz* 290; *dafür: Brosi* 293-94. Ist der Bund zur Ermässigung der kantonalen Taxen kompetent, so ist er es auch zur Ermässigung der Gemeindetaxen.

[3]) St. B. XII, 639, Vot. *de Torrenté;* die Ansicht von B. R. *Brenner,* die Kompetenz des Bundes zur Wiederaufnahme von sich aus ergebe sich aus der Kompetenz, die Entlassung aus dem Staatsverband in imperativer Weise anzuordnen, 664, 668, wäre zutreffend, wenn die Wiederaufnahme als die Folge einer bloss bedingt erteilten Entlassung aufzufassen wäre; die Entlassung ist aber durchaus unbedingt und endgültig.

wenn der Bürger freiwillig der kompetenten Heimatbehörde gegenüber darauf verzichtet, er soll aber die Entlassung nicht als gesetzliche Folge, auch nicht einer Handlung eintreten lassen, die der Bürger freiwillig vornimmt, wobei aber sein Wille nicht ausdrücklich auf die Entlassung gerichtet war. Zieht man in Betracht, dass auch der Bund nur kompetent ist, die Bedingungen zu ordnen, unter denen auf das Schweizerbürgerrecht *verzichtet* werden kann, so ergibt sich, dass nach schweizerischem Verfassungsrecht das Bürgerrecht unverlierbar und unverjährbar ist[1]). Wie schon früher erwähnt, hielt der Bund die Kantone zur Beobachtung dieser Regel an, und er betrachtete sich auch selbst als dadurch gebunden; er schlug es ab, mit den Vereinigten Staaten von N. A. einen Vertrag abzuschliessen des Inhalts, dass Schweizer, die ins amerikanische Bürgerrecht aufgenommen würden, ihres ursprünglichen Heimatrechtes verlustig gehen sollten[2]).

Wenn der Bund nur kompetent sein soll, die unerlässlichen Bedingungen aufzustellen, unter denen die Kantone Ausländern das Bürgerrecht erteilen können, so liegt es nahe, ihn auch nur kompetent zu erklären, diejenigen Bedingungen aufzustellen, unter denen allein die Entlassung durch die Kantone gewährt werden *kann,* ohne Verpflichtung ihrerseits; allein schon der Wortlaut des Art. 44 deutet darauf hin, dass im ersten Fall von den Bedingungen einer nicht vom Bürger ausgehenden Tätigkeit, der Erteilung des Bürgerrechts, die Rede ist, im zweiten Fall aber von einer Handlung des Bürgers selbst, der Verzichtleistung; hauptsächlich aber war der Zweck der Betimmung ein anderer als bei der Erteilung des Bürgerrechts; man wollte namentlich vermeiden, dass durch unbedachte Entlassungen aus dem Bürgerrechtsverbande Konflikte mit dem Auslande entstehen, sah sich aber vor der Schwierigkeit, bei unbeschränkter Anerkennung des Verzichts Heimatlose und Doppelbürger zu schaffen. Um die Heimatlosigkeit zu vermeiden, wurden die Worte aufgenommen: « zum Zwecke der Erwerbung eines ausländischen Bürgerrechtes »; die Möglichkeit von Doppelbürgerrechten aber konnte man nicht ausschliessen, ohne den Grundsatz der Unverlierbarkeit des Bürgerrechts aufzugeben, was man nicht wollte; soweit die Vermeidung von Doppelbürgerrechten mit jenem Grundsatz vereinbar war, sollte sie aber bewirkt werden durch die Kantone bindende, abschliessende Vorschriften des Bundes über den Verzicht[3]). Das B. Ges. vom 3. Juli 1876 hat dies denn auch getan, und das Gesetz vom 25. Juni 1903 bestätigt die bisherigen Bestimmungen im wesentlichen (Art. 7—9): der Schweizerbürger muss das Bürgerrecht eines andern Staates erworben oder wenigstens zugesichert erhalten haben, um auf das Schweizerbürgerrecht gültig verzichten zu können.

6. Kein Kanton darf einen Kantonsbürger aus seinem Gebiete *verbannen (verweisen).* Die Verbannung ist die als Strafe verfügte Ausweisung eines Kantonsangehörigen, mit oder ohne Verlust des Bürger-

[1]) *Snell,* I, 216 ff. *Schollenberger,* Kommentar, S. 345.

[2]) *Salis,* II, Nr. 486; B. Bl. 1898, II, 13. *J. Sieber,* Zum Erwerb und Verlust des Bürgerrechts in den Vereinigten Staaten von N. A., Zeitschrift für schweiz. Recht, N. F. XXII, 29 ff. Das B. Ger. hat die Unverlierbarkeit des Schweizerbürgerrechts anders als durch förmlichen Verzicht mehrmals anerkannt: II, 252, 257; XII, 512; XXI 9, 335.

[3]) Vgl. Prot. der N. R. K. 1871, S. 131; der St. R. K. 1871, 90—91; des N. R. 1871—72, S. 212; der eidg. Räte 1873—74, S. 100.

rechts[1]. Die Unzulässigkeit dieser Ausweisung geht schon aus Art. 45 B. V. hervor, welcher die Gründe der Niederlassungsentziehung in limitativer Weise aufzählt; das Verbot der Verbannung der Kantonsbürger ist nur ein spezieller Anwendungsfall des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit. Wenn daher die Verweisung aus dem Kantonsgebiet als Strafe und im Strafverfahren gegenüber Bürgern anderer Kantone ausgesprochen wird und die Voraussetzungen des Art. 45 gegeben sind, so liegt nicht sowohl eine Verletzung des Art. 44 vor, als des Art. 60; denn nicht die Entfernung aus dem Kantone an sich ist verfassungswidrig, sondern die Form der Strafe, in welche diese Verfügung gekleidet ist, weil und sofern die gleiche Strafe für Kantonsangehörige nicht existiert[2].

Wie die Niederlassungsfreiheit selbst, findet das Verbot der Verbannung auch im Inneren des Heimatkantons Anwendung, und zwar in dem Sinne, dass Kantonsangehörige aus einer andern als ihrer Heimatgemeinde ausgewiesen werden können, wenn sie den Anspruch auf Niederlassung verwirkt haben (Art. 45, Abs. 2 und 3), dass sie aber niemals aus ihrer Heimatgemeinde ausgewiesen werden können. Es darf weder aus den Worten: «aus seinem Gebiete» gefolgert werden, die Verbannung aus einem Gebietsteil des Kantons sei zulässig, noch umgekehrt behauptet werden, die Ausweisung aus einem Gebietsteil des Heimatkantons sei absolut unzulässig[3]. In der B. V. von 1848 stand das Verbot der Verbannung nicht; Schweizerbürger konnten daher des Kantons verwiesen werden, wenn auf Kantonsbürger die gleiche Strafe anwendbar war, aber nur unter dieser Voraussetzung[4].

Art. 45.

Jeder Schweizer hat das Recht, sich innerhalb des schweizerischen Gebietes an jedem Orte niederzulassen, wenn er einen Heimatschein oder eine gleichbedeutende Ausweisschrift besitzt.

Ausnahmsweise kann die Niederlassung denjenigen, welche infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im

---

[1]) A. A. *Bertheau,* Die bundesrechtliche Praxis betr. die Niederlassungsfreiheit etc., S. 27. Vgl. B. Ger. X, 470: das Wirtshausverbot ist, juristisch gesprochen, keine Verbannung! *Kunz,* Die Strafe der Landesverweisung nach schweizerischem Recht, Zürich 1895, Diss., 102 ff. *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, 318, 547. *Schollenberger,* Kommentar, S. 343.

[2]) B. Ger. vom 5. Nov. 1875 i. S. Bernasconi, I, 264; vom 9. Okt. 1886 i. S. Loosli, XII, 512. *Kunz,* a. a. O., 109, unterscheidet nicht richtig zwischen Art. 44 und 60 und kritisiert daher die Entsch. des B. R. i. S. Clot. *Salis,* I. Aufl., II, Nr. 431, unzutreffend vom Standpunkt des Art 44 aus.

[3]) Mit dieser Einschränkung ist das Urteil des B. Ger. vom 26. Febr. 1875 i. S. Gutmann, I, 79, richtig. Die Begründung erklärt die Verbannung aus einem Gebietsteil des Heimatkantons ganz allgemein als unzulässig, im entschiedenen Fall aber mit Recht. *Blumer-Morel,* I, 577 ff. Richtig: B. R B. vom 31. Mai 1875 i. S. der Geistlichen des Berner Jura, bestätigt durch B. B. vom 1. Juli 1875; B. Bl. 1875, III, 1, 691. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 687 B. Ger. XIII, 596.

[4]) *Ullmer,* I, Nr. 214 II, Nr. 848—850. *Blumer-Morel,* I, 575 ff.

Besitze der bürgerlichen Rechte und Ehren sind, verweigert oder entzogen werden.

Weiterhin kann die Niederlassung denjenigen entzogen werden, welche wegen schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft worden sind, sowie denjenigen, welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen und deren Heimatgemeinde, beziehungsweise Heimatkanton, eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt.

In Kantonen, wo die örtliche Armenpflege besteht, darf die Gestattung der Niederlassung für Kantonsangehörige an die Bedingung geknüpft werden, dass dieselben arbeitsfähig und an ihrem bisherigen Wohnorte im Heimatkanton nicht bereits in dauernder Weise der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last gefallen seien.

Jede Ausweisung wegen Verarmung muss von Seite der Regierung des Niederlassungskantons genehmigt und der heimatlichen Regierung zum voraus angezeigt werden.

Der niedergelassene Schweizerbürger darf von Seite des die Niederlassung gestattenden Kantons mit keiner Bürgschaft und mit keinen andern besondern Lasten behufs der Niederlassung belegt werden. Ebenso darf die Gemeinde, in welcher er seinen Wohnsitz nimmt, ihn nicht anders besteuern als den Ortsbürger.

Ein Bundesgesetz wird das Maximum der für die Niederlassungsbewilligung zu entrichtenden Kanzleigebühr bestimmen.

I. Geschichte.

S. Art. 43.

II. Auslegung[1]).

1. Begriff der Niederlassung.

Der Begriff der Niederlassung, wie er in Art. 45 verwendet ist, ergibt sich aus dem Zweck der Bestimmung, und der ist, dem Schweizerbürger die rechtliche Möglichkeit zu verschaffen, sich an jedem Ort der Schweiz niederzulassen, d. h. für einmal: zu verweilen, zu wohnen. Um die Gestattung des persönlichen Verweilens, um die Duldung der Person handelt es sich; deshalb sind es auch allein nur Gründe in der Person des die Niederlassung Beanspruchenden, welche die Verweigerung oder den Entzug rechtfertigen, Gründe, die nur bei persönlicher Anwesenheit gegeben sind: Widersetzlichkeit gegen die Rechtsordnung und damit verbundene Unwürdigkeit der Gesinnung, Verarmung, d. h. Notwendigkeit für die Behörden, sich der Person des Verarmten anzunehmen. — Daraus folgt, dass, wo der Bürger nicht das persönliche Wohnen an einem Orte beansprucht, er sich nicht auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann, und dass er zu einem andern Zweck oder ohne Zweckangabe nicht die Niederlassung im Sinne des Art. 45 verlangen kann[2]). Anderseits kann ihn der Kanton oder die Gemeinde auch nicht zwingen, die Niederlassung des Art. 45 zu verlangen, wenn er nicht persönlich auf ihrem Gebiet wohnen will, und eine solche uneigentliche Niederlassung, wenn sie überhaupt zur Pflicht gemacht werden darf, kann ihm nicht deshalb verweigert werden, weil er die Bedingungen des Art. 45 nicht erfüllt. Wenn die kantonale Gesetzgebung z. B. zum Betrieb eines Gewerbes, zur Erlangung einer Konzession, eines Jagd- oder Fischereipatentes, zum Erwerb eines Grundstückes die «Niederlassung» verlangt, so können die Gründe zur Verpflichtung zur Niederlassungsnahme selbst nur der kantonalen Gewerbepolizei-, Konzessions-, Jagd- und Fischerei- oder Steuerhoheit entnommen werden, nicht aber der durch Art. 45 B. V. normierten Kompetenz zur Regelung des Niederlassungswesens. Denn um Niederlassung handelt es sich in solchen Fällen nicht; meistens dient eine solche Verpflichtung zur Niederlassungsnahme, oder besser zur Domizilverzeigung, gewerbepolizeilichen und steuerpolizeilichen Zwecken: sie soll es erleichtern, den auswärts Wohnenden zu belangen und zu betreiben[3]). Es beruht daher auf einer unklaren Ansicht, wenn das B. Ger. die Entziehung einer Niederlassung behufs Erlangung eines Fischereipatentes deshalb gutheisst, weil der angeblich Niedergelassene zum Niederlassungsort in keine örtliche Beziehung getreten war; eben weil der Patentbewerber nicht im Kanton wohnte, wurde ihm die Domizilverzeigung auferlegt; sie konnte nicht auf Grund von Art. 45 B. V. wieder aufgehoben werden, denn es handelte sich gar nicht um die

[1]) Vgl. *Blumer-Morel*, I, S. 381 ff.; *Schollenberger*, Die schweizerische Freizügigkeit, Zürich 1891; Staats- und Verwaltungsrecht der schweiz. Kantone, II, S. 37 ff. *O. Viret*, Du refus et du retrait du libre établissement, Diss. Laus. 1889. *Berthean*, Die bundesrechtliche Praxis betr. die Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, Zürcher Diss. 1895. *Leo Weber*, Gutachten über die Autonomie der Stadtgemeinde Zürich im Gebiete des Niederlassungsrechts, Zürich, 1902. *W. Bloch*, Das Niederlassungsrecht der Schweizer nach internem Bundesrecht, Zeitschrift, N. F. XXIII, 341.

[2]) Anders *Berthean*, a. a. O., S. 21—22.

[3]) *Feigenwinter*, Kritik und Darstellung der bundesrechtl. Praxis in Konkursfällen 1879, S. 47, bemerkt mit Recht, dass diese sog. Niederlassung auch kein eigentliches Domizil begründe, sondern nur einen prorogierten Gerichtsstand.

Niederlassung i. S. dieser Bestimmung; sie konnte nur aufgehoben werden, wenn das Fischereipatent entzogen werden konnte, oder richtiger: sie konnte selbständig gar nicht aufgehoben werden, denn sie war kein Recht, sondern nur eine den Erwerb eines Rechts bedingende Pflicht[1]).

Wird von einem auswärts Wohnenden verlangt, dass er zum Erwerb von Grund und Boden Niederlassung nehme, so kann dies wiederum nur eine aus steuerpolizeilichen Gründen gerechtfertigte Domizilverzeigung sein, nicht eine unter den Regeln des Art. 45 stehende Niederlassung i. e. S.[2]), sonst dürfte allerdings dem Grundbesitzer auch der Schuldenabzug bei der Versteuerung des Grundstückes nicht verweigert werden[3]). Das Gleiche ist bezüglich der «Geschäftsniederlassung» zu sagen, wenn sie nicht mit persönlichem Wohnen verbunden ist[4]).

Gewährleistet Art. 45 B. V. mit der Niederlassungsfreiheit das Recht des persönlichen Verweilens an jedem Ort, so fragt es sich weiter, ob damit nur das auf die Dauer berechnete Verlegen des Mittelpunktes der Tätigkeit gemeint ist oder auch ein nur vorübergehendes Verweilen. Es sind drei Möglichkeiten ins Auge zu fassen: 1. die vorübergehende oder voraussichtlich kurz dauernde, aber vollständige Verlegung des Wohnsitzes unter Aufgabe des bisherigen («Wohnsitz» etwa im Sinne des B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891, Art. 3, genommen); 2. die vorübergehende tatsächliche Verlegung des Wohnsitzes mit der Absicht, den früheren beizubehalten (z. B. ein Ingenieur nimmt während der Ausführung eines Werkes in einem andern Kanton Wohnung); 3. die momentane Anwesenheit an einem Orte mit gleichzeitigem Wohnsitze an einem andern.

Der erste und zweite Fall entsprechen ungefähr dem in den meisten Kantonen noch verwendeten Begriffe des Aufenthaltes. Art. 45 regelt ausdrücklich nur die Niederlassung unter Ausschluss des nicht näher bestimmten Aufenthaltes. Da aber der Aufenthalt weder durch Verfassung noch durch Gesetz geregelt worden ist, fragt es sich, welche Folgesätze sich für den Aufenthalt und die momentane Anwesenheit aus Art. 45 ergeben. Was zunächst den 1. Fall betrifft, so ist er unbedenklich der Niederlassung i. S. des Art. 45 gleichzustellen: es liegt kein Grund vor, denjenigen ungünstiger zu behandeln, der sich in einem Kanton nur kurze Zeit aufhalten will, da der ihn aufnehmende Kanton ein kleineres Risiko damit übernimmt. Die Praxis hat denn auch mehrmals erkannt, dass es gleichgültig sei, ob die Niederlassung zu kürzerem oder längerem Aufenthalte begehrt werde, und konsequenterweise, dass die Kantone danach wohl zwischen Niederlassung und Aufenthalt unterscheiden, aber niemand verhindern können, statt Aufenthalt Nieder-

---

[1]) B. Ger. vom 29. Sept. 1899 i. S. Betschart und Kons., XXV, 331.

[2]) Unrichtig in der Begründung: *Salis* II, Nr. 563, und im Dispositiv: ibid. Nr. 564. B. Bl. 1877, II, 521: Die Niederlegung von Ausweisschriften rechtfertigt sich für eine blosse Domizilverzeigung nicht.

[3]) *Salis*, II, Nr. 584.

[4]) Vgl. *Salis*, II, Nr. 577, B. Bl. 1900, I, 789, betr. Genehmigung des St. Galler Gesetzes über Fremdenpolizei, in welchem die gleiche Unklarheit der Begriffe herrscht. Ebenso der B. R. B. vom 7. Juni 1892 i. S. Kurz, B. Bl. 1892, III, 677. *Salis*, II, Nr. 552: „Die Anlage und Benutzung von Geschäftseinrichtungen" unter persönlicher Verantwortung des auswärts Wohnenden ist keine Niederlassung. Vgl. *Ullmer*, I, Nr. 18.

lassung zu nehmen, wenn er die Bedingungen des Art. 45 B. V. erfüllt [1]). Über die Frage, ob die Aufenthalter ungünstiger behandelt werden dürfen als die Niedergelassenen, s. Art. 47. Die B. V. gewährleistet ihnen jedenfalls keine bessere Behandlung.

Ähnliches ist zu sagen von demjenigen, der ohne Aufgabe seines bisherigen Wohnsitzes anderswo vorübergehend Aufenthalt nehmen will: erfüllt er alle Bedingungen der Niederlassung, so kann ihm der Kanton nicht die Aufnahme verweigern, weil er sie nur für kurze Zeit begehrt. Anderseits aber kann der Kanton bundesrechtlich nicht gezwungen werden, diesen vorübergehenden Aufenthalt unter leichteren Bedingungen zu gewähren als den definitiven und dauernden.

Danach kann eine und dieselbe Person an zwei Orten zugleich Niederlassung nehmen, gewissermassen eine Haupt- und Nebenniederlassung, gleich wie neben dem Wohnsitz in zivil- und prozessrechtlichem Sinn noch ein tatsächlicher Aufenthalt anderswo bestehen kann [2]). Praktische Schwierigkeiten kann dabei etwa die Frage machen, ob zur Erlangung dieser «Nebenniederlassung» auch Ausweisschriften beigebracht werden müssen; — sie ist wohl dahin zu entscheiden, dass eine Bescheinigung über die Deponierung regelrechter Schriften am Orte der Hauptniederlassung genügt. Die Frage, welcher Kanton oder welche Gemeinde die vorübergehende Unterstützung, die mit der Niederlassung verbunden sein kann, zu gewähren habe, wird kaum praktisch werden; sie beantwortet sich m. E. dahin, dass der Ort der Hauptniederlassung unterstützen muss.

Endlich das momentane, sei es zufällige oder regelmässig wiederholte Verweilen ausserhalb des Gebietes des Wohnsitzkantons oder der Wohnsitzgemeinde, z. B. eines Geschäftsreisenden oder eines Marktbesuchers. Soll auch dieses momentane Betreten des Gebietes an die gleich schweren Bedingungen geknüpft sein wie die dauernde Niederlassung? Dafür spricht das Fehlen besonderer bundesrechtlicher Normen und der Umstand, dass sowohl demjenigen, dem die Niederlassung verweigert, als demjenigen, dem sie entzogen worden ist, das blosse Betreten des der Niederlassung verschlossenen Gebietes verboten werden kann [3]),

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 88, 157, vgl. 154. B. R. B. vom 23. April 1888 i. S. Frey, B. Bl. 1888, II. 452; vom 5. Juni 1884, i. S. Häfliger, B. Bl. 1885, II, 668. *Salis*, II, Nr. 555, 557, vgl. 558. *Rüttimann* bemerkte mit Recht in einem Referat von 1867 im schweiz. Juristenverein, die Verweigerung der Niederlassung, weil der Petent nicht wirklich die Absicht habe, seinen Wohnsitz zu verlegen, sei unzulässig, „da die Bewerber um eine Niederlassungsbewilligung sich nicht über ihre Pläne und Absichten auszuweisen brauchen. Auch ist es ganz unbedenklich, jedem solchen Gesuche zu entsprechen, da nicht die Bewilligung, sondern nur die Niederlassung selbst, bezw. der Wohnsitz, irgendwelche politische oder bürgerliche Rechte zu begründen geeignet ist". Zeitschr. für schweiz. Recht, A. F., XVI. 34.

[2]) Vgl. über das Verhältnis von Domizil und Niederlassung die Referate *Gautier*, *v. Wyss*, *Bühler*, *Curti* in der Zeitschrift für schweiz. Recht, A. F. XIII, S. 16, 20, 32, 61, 75, 77, 95 ff. Ferner *Rüttimann* in der gl. Zeitschr. A. F. XVI, 35, 37. Die Begriffsbestimmung von *Bloch* a. a. O. S, 341 ff. scheint mir unrichtig, soweit er zur Niederlassung *Wohnsitz*nahme erfordert; *Bloch* setzt sich mit seiner eigenen Definition in Widerspruch wenn er auch demjenigen Anspruch auf Niederlassung gewährt, der nicht die Absicht der dauernden Wohnsitznahme hat (d. h. doch wohl dauernden Verbleibens), und indem er auch denjenigen als Niedergelassenen betrachtet, der eine Niederlassungsbewilligung erhalten hat ohne dauernden Wohnsitz zu nehmen, und die Entziehung einer Bewilligung verbietet, die konsequenterweise nicht hätte erteilt zu werden brauchen; auch die Möglichkeit mehrerer Niederlassungen reimt schlecht mit dem Recht auf Wohnsitznahme, als was die Niederlassungsfreiheit definiert wird.

[3]) Anders *Kunz*. Das zürcherische und eidg. Aktivbürgerrecht, Zürich 1892, S. 110.

woraus folgt, dass demjenigen, der zwar die Niederlassung nie begehrt hat, der sie aber auch nicht bewilligt erhielte, nicht leichtere Bedingungen zu stellen sind. Die praktischen Unzukömmlichkeiten dieser Regelung liegen weniger darin, dass demjenigen, der keinen Anspruch auf Niederlassung hätte, auch das momentane Betreten des Gemeinde- oder Kantonsgebietes verboten werden kann, als darin, dass jede Person, die ein Gebiet betreten will, in dem sie nicht niedergelassen ist, zum Ausweis über den Besitz eines Heimatscheines und der bürgerlichen Rechte und Ehren und zur Einholung einer förmlichen Bewilligung angehalten werden kann. Nach bisherigen Erfahrungen ist aber keine Gefahr vorhanden, dass die Kantone ihre Fremdenpolizei in so engherziger Weise ausüben [1].

Es ergibt sich deutlich aus den Revisionsverhandlungen der Jahre 1870—72 und 1873—74, dass die Niederlassungsfreiheit dem Schweizerbürger nicht nur, wie bisher, von Kanton zu Kanton, sondern auch innerhalb des Kantons von Gemeinde zu Gemeinde gewährleistet werden wollte. Der Art. 45 lässt diese Absicht, wenn nicht ausdrücklich, so doch unzweideutig erkennen im 4. Absatz. Die Praxis hat dies stets bestätigt, und zwar sowohl in dem Sinne, dass der kantonsfremde Schweizerbürger in jeder Gemeinde des Niederlassungskantons, wie in jedem Kanton der Schweiz Niederlassung nehmen kann, als in dem Sinn, dass der Kantonsbürger sich in jeder Gemeinde seines Heimatkantons niederlassen kann [2].

Dagegen fordert die B. V. nicht, dass die Kantonsfremden bei der Bewilligung der Niederlassung gleich, d. h. eben so günstig behandelt werden, wie die Bürger des Kantons, sofern sich die günstigere Behandlung der letztern nur nicht als Rechtsungleichheit darstellt [3].

Die Niederlassungsfreiheit bedeutet zunächst die Pflicht des Kantons und der Gemeinde, auf ihrem Gebiet Niederlassung zu gewähren; sie bedeutet aber ferner auch die Pflicht, die Verlegung der einmal gewonnenen Niederlassung in einen andern Kanton oder eine andere Gemeinde nicht zu verhindern oder zu erschweren. Dieser Grundsatz wurde in allen denjenigen Entscheidungen anerkannt, welche Beschwerden über Nichtausstellung oder Nichtrückgabe von Ausweisschriften materiell erledigten. Die B. Vers. entschied zuerst in diesem Sinne im Rekursfalle Heizmann, am 16. Juli 1861, wo einem auswärtigen Kantonsbürger die Ausweisschriften verweigert wurden, weil er die Armensteuer an seine Heimatgemeinde nicht zahlte; im gleichen Sinn wurde im Falle Hugentobler vom B. R. am 7. Okt. 1861 und von der

---

[1]) Vgl. den Fall bei *Salis*, II. Nr. 566, wo jemand angehalten wurde, sich mit Ausweisschriften zu versehen und eine Aufenthaltskarte zu lösen, weil er einen Teil seiner Zeit in einem industriellen Etablissement auf bernischem Gebiete zubrachte und dort arbeitete. Eine Verletzung der Handels- und Gewerbefreiheit lag hierin nur, wenn Personen, die gleich lang auf bernischem Gebiete verweilten, ohne ein Gewerbe auszuüben, nicht zu den gleichen Formalitäten verhalten wurden, nicht aber im entgegengesetzten Fall, denn die Niederlassungsfreiheit geht logisch der Gewerbefreiheit voraus.

[2]) B. R. B. vom 11. Nov. 1876; B. Bl. 1877, II, 528. *Salis*, II, Nr. 540 u. S. 373, vgl. B. Bl. 1875, II, 576; 1850, I, 261. Vgl. auch den Rekursentscheid des B. R. vom 16. März 1874 betreffend Ausweisung der römisch-katholischen Priester aus gewissen Bezirken des Berner Jura, B. Bl. 1874, I, 504, und B. R. B. vom 31. Mai 1875 und B. B. vom 1. Juli 1875; B. Bl. 1875, III, 691, 595, 1030. *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 687.

[3]) Botschaft des B. R. vom 15. April 1879 betr. das Genfer Gesetz vom 8. März 1879; B. Bl. 1879, II, 677; III, 23. *Salis*, V, Nr. 571.

B. Vers. am 1. Februar 1862 entschieden, die Vorschrift, dass die Ausweisschriften an den Wegziehenden erst nach Entrichtung der Gemeindesteuern, der Niederlassungsgebühren und der Privatschulden aushingegeben werden, enthalte eine Verletzung des Art. 41 (45 von heute)[1]. Seither hat sich die Praxis über diese Frage vom gleichen grundsätzlichen Gesichtspunkt weiter entwickelt, wie später darzustellen. Die Entscheidung des B. Ger. vom 4. Juni 1902 i. S. Künsch g. Bern, XXVIII, 131, setzt sich mit dieser Praxis vielleicht unbewusst in Widerspruch, indem sie ausführt, in der dem Bewohner des Kantons auferlegten Erschwerung, seine Tochter ausserhalb des Kantons unterzubringen, liege keine Verletzung des Art. 45 B. V., da dieser nur gegen Verweigerung oder Entzug der Niederlassung schütze, während hier im Gegenteil die Wahl eines Aufenthaltsortes ausserhalb des Kantons erschwert werde; eine, auch abgesehen vom Widerspruch mit der übrigen Rechtsprechung, merkwürdig formalistische Entscheidung[2].

Der B. R. hat entschieden, dass die Frage über die Verpflichtung des Heimatkantons zur Ausstellung von Legitimationspapieren nach den gleichen Grundsätzen beurteilt werden muss wie diejenige über den Entzug der Niederlassung, «indem der Heimatkanton das Recht der freien Niederlassung nicht mehr beschränken darf als der Niederlassungskanton». B. R. B. vom 17. Okt. 1876 i. S. Leuzinger (B. Bl. 1877, II, 524).; vgl. B. R. B. vom 6. Mai 1892 i. S. Fleischmann (B. Bl. 1892, II, 1115; *Salis*, II, Nr. 657, 659). In dieser negativen Anwendung ist der Satz zweifellos richtig; fraglich ist es aber, ob er auch in seinem positiven Inhalt richtig sei, dass nämlich die Heimatsbehörde die Ausweisschriften stets dann verweigern kann, wenn ihrem Angehörigen die Niederlassung entzogen werden könnte, wie im Rekursfalle Kuster am 28. September 1876 durch den B. R. entschieden wurde (B. Bl. 1877, II, 525; *Salis*, II, Nr. 658). Denn wenn dem Kantonsbürger im Heimatkanton die Niederlassung bloss *entzogen* werden könnte, oder in einem andern tatsächlich entzogen werden kann, z. B. wegen wiederholter schwerer Vergehen, so bleibt ihm doch das Recht, die Niederlassung in allen andern Kantonen zu verlangen, und es ist nicht einzusehen, warum ihn der Heimatkanton daran sollte verhindern können. Vgl. den Rekursentscheid des B. R. vom 10. April 1885 i. S. Dürler (B. Bl. 1886, I, 949; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 466). Das Gleiche ist m. E. zu sagen für den Fall, wo der Kantonsbürger infolge Aberkennung der bürgerlichen Rechte und Ehren nirgends mehr Anspruch auf Niederlassungsbewilligung hat; denn wenn er auch keinen Rechtstitel mehr geltend machen kann, so kann ihm die Niederlassung trotzdem gewährt werden, wenn er die Ausweisschriften besitzt, und es ist wiederum nicht ersichtlich, welches Interesse der Heimatkanton haben sollte, ihn daran zu verhindern[3].

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 133, II, Nr. 803. Ebenso B. Ger. vom 1. Mai 1894 i. S. Scherrer, XX, 737. *Salis*, II, Nr. 637, 638. Vgl. *Berthean*, S. 38–39.

[2]) Schon 1861 bemerkte die St. R. K. zutreffend über den Rekurs Heizmann: „Wenn auch Art. 41 der B. V. vorherrschend nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Niedergelassenen und dem Niederlassungskanton festsetzt und unter seine Garantie nimmt, so mag das daher kommen, weil man die Erschwerung und Belästigung in der Ausübung jenes Rechtes zunächst von dieser Seite her befürchtete, und die Unzulässigkeit einer Beeinträchtigung desselben von einer Seite als selbstverständlich voraussetzte, die bei der Gewährung der *Niederlassung* eigentlich gar nicht interessiert ist.“ *Ullmer*, I, S. 131.

[3]) Unter der Verfassung von 1848 entschied der B. R. in einem Falle von Verweigerung des Heimatscheines durch die Heimatbehörde wegen unsittlichen Betragens im

2. Niederlassungsfreiheit und kollidierende Pflichten.

Eben die Rechtsprechung über die Pflicht der Kantons- und Gemeindebehörden zur Ausstellung und Rückgabe von Ausweisschriften hatte sich mit der Frage abzufinden, in welchem Verhältnis das Recht der Niederlassung zu kollidierenden Pflichten des Bürgers auf dem Gebiete des privaten und öffentlichen Rechts stehe. Logischerweise müssen diejenigen Verpflichtungen, vorausgesetzt, dass sie überhaupt zulässig sind, dem Niederlassungsrecht vorgehen, deren Erfüllung notwendigerweise die Person in ihrer Bewegungsfreiheit beschränkt. Das ist nun nie der Fall bei Pflichten, die der Privatdisposition unterliegen, wie die vertraglichen. Zivilrechtliche Verpflichtungen überhaupt kollidieren in der Regel mit der Niederlassungsfreiheit nicht, weil diese nur ein Rechtsverhältnis des Einzelnen zum Staate betrifft; auch Pflichten, die durch zwingenden Rechtssatz begründet sind, wie familienrechtliche, geraten mit der Freizügigkeit nur in Widerspruch, wenn sie von Amtes wegen, durch die Behörde, geltend gemacht werden. Das Niederlassungsrecht ist hauptsächlich durch Pflichten des öffentlichen Rechts eingeschränkt, wie die Pflicht des persönlichen Militärdienstes, die Freiheitsstrafen und Amtspflichten, die alle ohne Verkürzung der Bewegungsfreiheit nicht denkbar sind[1]. Die Verweigerung der Ausweisschriften soll dagegen nicht dazu führen, der Behörde mittelbar ein Verfügungsrecht über die Person des Verpflichteten zu geben, zur Erzwingung einer Leistung, die direkt, d. h. begrifflich, keine Beschränkung der Bewegungsfreiheit bedingt; z. B. zur Eintreibung von Steuern, von Bussen, deren Zahlung durchaus nicht die persönliche Anwesenheit voraussetzt; die Schwierigkeit, diese Abgaben von ausser dem Kanton Niedergelassenen einzutreiben (vgl. Art. *61*), rechtfertigt die Beschränkung der Niederlassungsfreiheit nicht.

Die Praxis des B. R. hat es für unzulässig erklärt, die Ausweisschriften so lange zurückzubehalten, als die am Orte der bisherigen Niederlassung eingegangenen Privatschulden nicht bezahlt seien[2]; sei es in der Form der Zurückhaltung von Amtes wegen oder auf Begehren eines Gläubigers kraft eines angeblichen Arrest- oder Pfandrechtes auf die Ausweisschriften; die B. Vers. erklärte mit Recht, die Ausweisschriften seien dem Zugriff der Gläubiger entzogen[3]. — Das Gleiche

Niederlassungskanton, aus dem Umstand, dass in Ermangelung guter Leumdenszeugnisse die Niederlassung verweigert werden könne, folge für die Heimatsbehörden keineswegs das Recht, jenen Personen ausser dem Leumdenszeugnisse auch den Heimatschein zu verweigern und dadurch ihnen die Niederlassung ganz unmöglich zu machen. *Ullmer,* I, Nr. 122. Gl. A. *Bloch,* a. a. O., S. 369. Im Falle der Verarmung wird die Frage kaum praktisch werden: *Bertheau,* a. a. O., 51.

[1]) *Schollenberger,* Freizügigkeit, S. 9, nennt noch das Verbot, dass sich der Kridar vor Beendigung des Konkurses von seinem Wohnorte entferne, und den Zeugenzwang. Vgl. B Bl. 1883, II, 859; vgl. auch *Schoch,* Art. 59 der schweiz. B. V., S. 143.

[2]) Vgl. die grundlegende Entscheidung der B. Vers. vom 19. März 1875 i. S. Weber, B. Bl. 1875, II, 671; *Salis,* II, Nr. 647; im Gegensatz zur früheren Praxis: *Ullmer,* I, Nr. 152.

[3]) In der bereits zitierten Entscheidung i. S. Weber, *Salis,* II, Nr. 647, wo die St. R. K. u. a. bemerkte: „Lediglich wo eine Disposition über die Person des Trägers zulässig ist, also namentlich im Strafprozesse, ist auch eine fremde Verfügung über die Ausweisschriften gestattet." Ebenso B. Bl. 1878 II, 489, *Salis,* II, Nr. 651: Beiträge an Krankenkassen, B. Bl. 1885, II, 686; *Salis,* II, Nr. 652: Beiträge an einen Unterstützungsverein, *Salis,* II, Nr. 657; Fall Leuzinger: Rechnungsruf; vgl. 655, 653. Im Gegensatz zur frühern Praxis: *Ullmer,* II, Nr. 806.

wurde erkannt bezüglich der Pflicht, früher erhaltene Unterstützungen der Heimatgemeinde zurückzuerstatten. B. R. B. vom 28. Juni 1875 i. S. Leupp (B. Bl. 1876, II, 264; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 467, II).

Die öffentlichrechtlichen Forderungen wurden gleich behandelt; rückständige *Steuerforderungen* berechtigen nicht zur Rückhaltung der Ausweisschriften (B. Bl, 1876, I, 116; *Salis*, II, 648), im Gegensatz zur früheren unsicheren Praxis; vgl. *Ullmer*, I, Nr. 151, II, Nr. 805, und I, Nr. 133, II, 803. Die *Militärpflichtersatzsteuer* ist nicht anders zu behandeln: B. R. B. vom 12. Nov. 1875 und B. B. vom 18. März 1876 i. S. Schmid (B. Bl. 1876, I, 116, 740, 969, II, 264; *Salis*, II, Nr. 645); ebenso B. R. B. vom 23. Januar 1880 i. S. Schönenberger (B. Bl. 1881, II, 675; *Salis*, II, Nr. 650; vgl. *Ullmer*, II, Nr. 104 und I, Nr. 123). Entrichtung einer *Kanzleigebühr*: B. R. B. vom 21. Febr. 1890 i. S. Büttler (B. Bl. 1890, I, 474; *Salis*, II, 649)[1].

In der Frage, ob die Ausweisschriften aus *strafrechtlichen Gründen* zurückbehalten werden dürfen, hat die Praxis die Konsequenzen des oben aufgestellten Prinzips nicht streng gezogen, nach welchem die Zurückhaltung nur zulässig sein soll, wenn die Erfüllung der Strafpflicht mit der persönlichen Freiheit unvereinbar ist; dieses Prinzip hat zur Folge, dass die Verurteilung zu einer Busse nie die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit rechtfertigt, auch wenn die Busse bei Nichtzahlung in Haft umgewandelt werden kann, solange diese Umwandlung nicht stattgefunden hat und der Strafanspruch auf Haft nicht begründet ist; denn die Verlegung des Wohnsitzes verunmöglicht dem Verurteilten nicht die Bezahlung der Busse, sie kann sie ihm sogar erleichtern; sie erschwert nur der Strafbehörde, verunmöglicht ihr vielleicht den Vollzug des Strafurteils; diese Schwierigkeit des interkantonalen Verkehrs rechtfertigt aber m. E. nicht die Einschränkung der Niederlassungsfreiheit, denn wenn die Strafrechtspflege nach dem Willen der B. V. vor der Freizügigkeit den Vorzug haben sollte, müsste auch ein Anspruch des strafberechtigten Kantons auf *Herausgabe* des Verurteilten oder Angeklagten gegeben sein, sei er nun Niedergelassener oder nicht, was nur beschränkt der Fall. Die Korrektur dieser Unvollkommenheiten ist auf dem Gebiete der interkantonalen Strafrechtshülfe zu suchen, nicht des Niederlassungsrechts. Die Praxis hat unterschieden zwischen Bussen für eigentliche Delikte und für bloss polizeiliche und fiskalische Übertretungen, und wegen Nichtzahlung der letzteren, nicht aber der ersteren, die Verweigerung der Ausweisschriften als unstatthaft erklärt. B. R. B. vom 8. Febr, 1887 i. S. Zingg (B. Bl. 1887, I, 294), vom 4. Juli 1888 i. S. G. M. (B. Bl. 1888, III, 1013; *Salis*, II, Nr. 645, 639). Übertretung polizeilicher und fiskalischer Gesetze: B. Bl. 1887, II, 692; B. R. B. vom 10. Dez. 1890 i. S. Gemeinderat Straubenzell (B, Bl. 1890, V, 467; *Salis*, II, Nr. 641). B. R. B. vom 4. Juli 1888 i. S. K. H.: Übertretung der Tanzverordnung (B. Bl. 1888, III, 1012; *Salis*, II, Nr, 642). B. R. B. vom 2. Okt. 1897 i. S. Leubin: Verurteilung zu Gefängnis wegen Polizeivergehen (B. Bl. 1878, II, 488; *Salis*, II, Nr. 663). Es bestand kein Grund, die Bussen wegen Übertretung militärischer Gesetze anders zu beurteilen, wie es zuerst im Falle Leuzinger geschah, der sich ins Ausland begeben hatte, ohne sich beim

---

[1]) Vgl hierüber und über das Folgende die in allen Punkten richtigen Ausführungen *Blochs*, a. a. O. S. 369–370.

Sektionschef abzumelden, und mit einer Busse belegt worden war; es ist ganz richtig, wie der B. R. in seiner Entscheidung vom 21. Mai 1886 (B. Bl. 1886, II, 425; *Salis*, II, Nr. 643) ausführte, dass sich der Soldat nicht frei niederlassen kann, wo er will, und dass die Militärpflicht dem individuellen Recht der Niederlassungsfreiheit vorgeht; es muss aber doch im gegebenen Fall die militärische Pflicht, im Lande zu bleiben, begründet sein, damit sie eine solche Aufhebung der Niederlassungsfreiheit bewirke, und im Falle Leuzinger wurde nicht behauptet, er hätte nicht ins Ausland gehen, sondern nur, er hätte sich vorher abmelden sollen; die Militärpflicht stand also in concreto mit der Niederlassungsfreiheit gar nicht in Widerspruch. Es ist daher auch die Vorschrift des § 28 der Verordnung über das militärische Kontrollwesen, vom 15. Aug. 1902 (A. S. XIX, 153), dass ohne Vorweisung des Eintrages (der Abmeldung im Dienstbüchlein) von den Gemeinde- und Staatsbehörden keinerlei Ausweisschriften ausgehändigt werden dürfen, nicht im Einklang mit Art. 45 B. V.[1]. Art. 230 der M. O., welcher vorschreibt, dass der Schweizerbürger, der Aufenthalt oder Niederlassung *genommen hat*, einen Ausweis über die Erfüllung seiner Militärpflicht oder der daherigen Ersatzleistung bringen müsse, darf nicht als Aufstellung einer Bedingung der Niederlassung, sondern nur als Ordnungsvorschrift aufgefasst werden[2]. — Die noch in einigen Kantonen ausgesprochenen Bussen wegen unehelicher Niederkunft müssen als blosse Polizeibussen betrachtet werden. B. R. B. vom 5. Juli 1878 i. S. Kessler (B. Bl. 1879, II, 591; *Salis*, II, Nr. 640).

Aus dem gleichen Gesichtspunkte, wie die Verweigerung der Ausweisschriften wegen nichtbezahlter Bussen, ist auch die Verweigerung wegen *Vernachlässigung der Familienpflichten* zu beurteilen; die Schwierigkeit oder Unmöglichkeit, einen Kantonsangehörigen ausserhalb dem Kanton zur Unterhaltung seiner Familie zu verhalten, darf nicht zur Verweigerung der Ausweisschriften führen. B. R. B. vom 4. Juli 1888 i. S. G. M. (B. Bl. 1888, III, 1013; *Salis*. II, Nr. 639); bestätigt durch B. Ger. vom 12. Juli 1900 i. S. Humbeli c. Aargau XXVI, I, 284; B. R. B. vom 15. Januar 1875 i. S. Bussinger (B. Bl. 1876, II, 264; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 467, I).

Es wird wohl selten vorkommen, dass der *Amtszwang* mit der Niederlassungsfreiheit in Widerspruch gerate (vgl. *Salis*, III, Nr. 550), häufig aber die Amtspflicht, an einem bestimmten Ort zu wohnen.

Die Niederlassung darf nicht den Eltern an einem Orte verweigert oder entzogen werden, weil dadurch den Kindern der *Besuch der Schule* erschwert wird; B. R. B. vom 23. Okt. 1877 (B. Bl. 1878, II, 486, bestätigt

---

[1]) Das eidg. Justizdepartement hatte in seinem Gutachten zum Fall Leuzinger im Jahr 1886 die hier vertretene Lösung beantragt: B. Bl. 1887, II, 692; *Salis*, II. Nr. 641. Den gleichen Antrag stellte es auf Grund des Art. 54 B. V. im Falle eines im Auslande lebenden Schweizers, der sich verehelichen wollte, aber mit der Zahlung der Militärsteuer und einer militärischen Ordnungsbusse im Rückstande war, obschon doch sicher die Militärpflicht auch dem Recht zur Ehe vorgeht. *Salis*, II, Nr. 641. — Richtig bestimmt das St. Galler Gesetz über Fremdenpolizei und Niederlassung, vom 17. Mai 1899, dass die Aushingabe von Ausweisschriften an einen handlungsfähigen Schweizerbürger nur *im Falle militärischen Aufgebotes* oder aus strafrechtlichen Gründen verweigert werden kann. *Salis*, II, Nr. 477.

[2]) B. Bl. 1877, II, 519; *Salis*, II, Nr. 547. Die Niederlassung darf daher nicht verweigert werden, weil dieser Ausweis fehlt: B. Bl. 1878, II, 482; B. Bl. 1883, II, 853; B. Bl. 1889, II, 748; *Salis*, II, Nr. 572, 574, 575.

B. Bl. 1893, I, 217; *Salis*, II, Nr. 539); während allerdings die Niederlassungsfreiheit der Kinder durch die Schulpflicht beschränkt wird, denn diese ist mit jener begrifflich nicht vereinbar. B. Ger. vom 4. Juni 1902 i. S. Künsch, XXVIII, I, 130, mit unrichtiger Begründung; richtig ist die Annahme, es entscheide über die Schulpflicht der Kinder das Schulgesetz des Wohnortes der Eltern, wenn das Niederlassungsrecht der Kinder durch die Erfüllung der Schulpflicht bedingt ist.

Verliert der Niedergelassene seinen Heimatschein, so darf ihm die weitere Niederlassung nicht dadurch verunmöglicht werden, dass die Ausstellung eines neuen verweigert wird, dagegen braucht der neue erst nach der Amortisation des alten ausgestellt zu werden (*Salis*, II, Nr. 660). Ist die Ausweisschrift bei der Behörde verloren gegangen, so hat diese für einen neuen zu sorgen; während des Amortisationsverfahrens soll dem Niedergelassenen ein Interimsschein ausgestellt werden (B. Bl. 1891, II, 601; *Salis*, II, Nr. 661); das Gleiche müsste wohl auch im ersten Falle gelten. — Wenn der Niedergelassene den Empfangschein der Behörde für niedergelegte Ausweispapiere nicht mehr beibringen kann, sollen ihm deshalb die Schriften nicht verweigert werden; der Niedergelassene kann bloss zu einer Ordnungsbusse verfällt, B. R. B. vom 10. Februar 1880 (B. Bl. 1881, II, 666; *Salis*, II, Nr. 570), und zu anderweitigem Nachweis seiner Identität gezwungen werden.

3. Eigener Niederlassung fähige Personen [1]).

Jedermann hat gegenüber der Behörde das Recht auf Niederlassung; aber nicht jedermann kann dieses Recht selbständig ausüben; B. R. B. vom 11. Juli 1881 i. S. Lusser: unberechtigte Verweigerung des Heimatscheines für ein uneheliches Kind (B. Bl. 1883, II, 862; *Salis*, II, Nr. 665); B. R. B. vom 26. Febr. 1882 i. S. Troxler: Verweigerung an Kinder aus erster Ehe bei bestrittener Kompetenz zur Vormundschaft (B. Bl. 1883, II, 862; *Salis*, II, Nr. 666). Wer den Ort seines Wohnens nicht aus eigener Willensentschliessung selbständig bestimmen kann, kann auch nicht in unabhängiger Weise Niederlassung nehmen; es ist zu unterscheiden zwischen mangelnder Handlungsfähigkeit und Familienpflichten, welche die Bewegungsfreiheit beschränken trotz vorhandener Handlungsfähigkeit. Der Handlungsfähigkeit entbehren die Minderjährigen und bevormundeten Grossjährigen, weshalb nicht der Wille dieser Personen, sondern derjenige ihres gesetzlichen Vertreters bei der Geltendmachung des Anspruches auf Niederlassung massgebend ist; die *Einwilligung* des Vertreters genügt nicht. Das Zweite ist anzunehmen bei der Ehefrau: sie ist in der freien Wahl des Wohnsitzes nur insofern beschränkt, als sie die Pflicht hat, dem Manne zu folgen; willigt dieser aber in das getrennte Wohnen der Frau ein, so ist das Hindernis gehoben; die Frau kann daher selbständig die Niederlassung verlangen, sofern die Einwilligung des Ehemannes vorliegt (B. Bl. 1878, II, 488; *Salis*, II, Nr. 663); wenn der Mann wegen strafrechtlicher Verurteilung die Herausgabe des gemeinsamen Heimatscheines nicht verlangen kann, so hat die ihrer Niederlassungsfreiheit nicht beraubte Ehefrau Anspruch

[1]) *Bloch*, a. a. O., S. 362 ff.

auf einen besonderen Heimatschein. Fraglich kann dagegen sein, ob von Amtes wegen festzustellen ist, dass der Mann einwilligt, oder mangels Einwilligung, dass ein Fall vorliegt, wo die Frau gegen den Willen des Mannes getrennt von ihm wohnen kann, oder aber, ob die Verwaltungsbehörde der Frau in jedem Fall die Niederlassung gewähren und den Mann mit seinem Widerspruch auf den Gerichtsweg verweisen soll. Die Praxis gestattet der Niederlassungsbehörde, die ausdrückliche Einwilligung des Ehemannes oder ein die Einwilligung ersetzendes gerichtliches Urteil zu verlangen [1]), obschon vielleicht die gegenteilige Entscheidung grundsätzlich richtiger wäre. Es wurde entschieden, dass die Ehefrau selbst während des Ehescheidungsprozesses ohne ehemännliche oder gerichtliche Bewilligung nicht eine besondere Niederlassung beanspruchen könne. B. R. R. vom 2. Febr. 1876 i. S. Brun, bestätigt durch B. Vers. am 9. Juni 1876 (B. Bl. 1876, II, 909; 1877, II, 525; *Salis*, II, Nr. 544). Vgl. B. R. B. vom 28. Febr. 1890 i. S. Gem. Maules (B. Bl. 1891, II, 559; *Salis*, II, Nr. 667; *Ullmer*, II, Nr. 763). B. Ger. vom 8. Nov. 1894 i. S. Scherrer, XX, 737. Vgl. Art. 44 des B. Ges. betr. den Zivilstand und die Ehe, vom 24. Dez. 1874. Ob die getrennt wohnende Frau im Sinne des Zivilrechts einen besonderen Wohnsitz begründe oder nicht, ist eine andere Frage, die von der Frage des Rechts auf Niederlassung und der Pflicht, Niederlassung zu nehmen, unabhängig ist.

Die Praxis hat mehrmals anerkannt, dass eine Ehefrau mit Einwilligung des Mannes, ein Kind nach der Weisung seiner Eltern, ein Mündel zufolge der Verfügung des Inhabers der vormundschaftlichen Gewalt eine besondere Niederlassung nehmen können. B. R. B. vom 24. Januar 1893 i. S. Bosshard (B. Bl. 1893, I, 211; *Salis*, II, Nr. 545; *Ullmer*, I, Nr. 85): der Mann hatte infolge Geldstages die bürgerlichen Rechte und Ehren verloren.

Dementsprechend ist auch die *Entziehung der Niederlassung* zu ordnen. Die Niederlassung darf nur demjenigen Familiengliede entzogen werden, das den Anspruch auf Niederlassung verwirkt hat. B. B. vom 3. Dez. 1883 i. S. Frauenfelder (B. Bl. 1883, IV, 740; 1884, II, 738) und B. B. vom 7. Dez. 1883 i. S. Brandenberger (B. Bl. 1883, III, 571; *Salis*, II, Nr. 627). B. Ger. vom 27. Dez. 1895 i. S. Süess, XXI, 935; vom 8. April 1897 i. S. Eglauf, XXIII, 510. Dagegen darf allerdings diese Person, trotz allen entgegenstehenden Familienpflichten, ausgewiesen werden; z. B. die Ehefrau, trotzdem der Mann nicht nachfolgen will: B. R. B. vom 13. Nov. 1876 i. S. Renggli (B. Bl. 1877, II, 528; *Salis*, II, Nr. 629; *Ullmer*, II, Nr. 795). Eine andere Frage ist es, ob die anderen Familienglieder damit auch ihr Recht auf Niederlassung verloren haben. Wird der Ehemann ausgewiesen, so hat die Frau nur noch ein Recht auf weiteres Verbleiben, wenn der Ehemann in ihr gesondertes Wohnen einwilligt, oder wenn sie dazu gerichtlich autorisiert ist, dann aber allerdings; es ist daher nicht richtig, dass nur bei besonderen Gründen ein Ehegatte ohne den andern ausgewiesen werden dürfe. B. R. B. vom 16. Sept. 1870 i. S. Künzler (B. Bl. 1871, II, 364; Überblick über die Praxis: 1885, II, 687; 1893, I, 218; 1883, IV, 740. *Salis*, II, Nr. 628). Grundsätzlich anfechtbar: B. R. B. vom 17. Dez. 1888, bestätigt durch B. B. vom 6. April 1889

[1]) Der Ehemann kann allein den Wohnort bestimmen, solange ihm dieses Recht nicht gerichtlich entzogen worden ist; er kann daher allein über den gemeinsamen Heimatschein verfügen: B. Bl. 1888, II, 788; *Salis*, II, Nr. 664.

i. S. Bucher (B. Bl. 1888, IV, 1315; 1889, I, 236; 1890, II, 183; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 433). Ähnlich ist bezüglich der Kinder zu entscheiden: wenn der ausgewiesene Vater sie im Kanton seiner bisherigen Niederlassung lassen will, so kann er daran nicht verhindert werden[1]. Wird die Ehefrau oder ein Kind allein ausgewiesen, so behalten der Mann und die anderen Mitglieder der Familie die Niederlassung; wie aber ist zu entscheiden, wenn der Mann nicht in das getrennte Wohnen der Frau einwilligt, ihr aber auch nicht folgen will; da sein Anspruch, dass sie bei ihm wohnen bleibe, auf eine rechtlich unmögliche Leistung geht, kann er nur entweder in getrenntes Wohnen der Frau einwilligen oder durch Verzicht auf seine Niederlassung die besagte Unmöglichkeit heben. Tut er dies nicht, so muss sein Verhalten als Zustimmung zum getrennten Wohnen der Ehefrau ausgelegt werden, und es muss dieser, nach der oben als grundsätzlich richtig bezeichneten Auffassung, die Niederlassung am neuen Wohnort bewilligt werden; folgt man dagegen der Auffassung der Praxis, wonach eine ausdrückliche Einwilligung des Ehemannes verlangt werden kann, so hat die ausgewiesene Frau kein Recht auf besondere Niederlassung, was auch zur Ausweisung des Mannes führen muss, sowohl deshalb, weil der Niederlassungskanton des Mannes nicht berechtigt sein kann, eine Person auszuweisen, die nirgends aufgenommen zu werden braucht, als deshalb, weil er auch nicht verpflichtet werden kann, eine Person zu dulden, die kein Recht auf Niederlassung hat.

4. Niederlassungsbewilligung.

a. Als erste Bedingung des Anspruchs auf Niederlassung erklärt Art. 45, Abs. 1, *den Besitz* eines *Heimatscheines oder einer andern gleichbedeutenden Ausweisschrift.* Zweck dieser Vorschrift ist, dem Niederlassungskanton oder der Niederlassungsgemeinde einen authentischen Ausweis über die Kantons- und Gemeindeangehörigkeit des Einziehenden und damit die Möglichkeit zu geben, vom Rechte der Niederlassungsentziehung und namentlich der Heimschaffung im Verarmungsfalle Gebrauch zu machen. Die Ausweisschrift muss daher die Erklärung eines Kantons und einer Gemeinde enthalten, dass sie den Niedergelassenen als ihren Bürger anerkennen. Der Besitz eines Heimatscheines ist verfassungsrechtlich nicht erforderlich, sofern nur das Schriftstück die erwähnte Erklärung des Heimatkantons und der Heimatgemeinde enthält[2]; es muss auch die amtliche Bescheinigung der Heimatbehörde oder einer Niederlassungsbehörde, dass eine solche Ausweisschrift existiere, genügen, was im Falle mehrfacher Niederlassung praktisch werden kann. Das Bürgerrecht der Ehefrau und der Kinder ergibt sich von Rechts wegen aus ihrem familienrechtlichen Verhältnis zum Familienhaupt; liegt ein gültiger Eheschein oder Geburtsschein vor, so bedarf es einer weiteren Anerkennung der Ehefrau und der Kinder als Bürger der

---

[1]) Grundsätzlich unrichtig ist die Entscheidung des B. R. aus dem Jahre 1883, B. Bl. 1884, II, 738, wonach das Kind erster Ehe mit der Mutter ausgewiesen wurde, während der Stiefvater die Niederlassung behielt; vorausgesetzt, dass der Stiefvater die väterliche Gewalt besass.

[2]) Vgl. die bei *Salis*, V, Nr. 2412, wiedergegebene Auslegung des Begriffes der Ausweisschriften über Herkunft und Bürgerrecht i. S. des Art. 10, Ziffer 5, des B. Ges. betr. die Auswanderungsagenturen vom 24. Dez. 1880.

Heimatgemeinde des Ehemannes nicht mehr. Die Niederlassung darf ihnen daher wegen Mangels eines neuen Heimatscheines (für Verheiratete) nicht verweigert werden, sie können aber ordnungshalber und durch Ordnungsstrafen zur Beibringung angehalten werden; namentlich bei unehelichen Kindern ist dieses Erfordernis angesichts der Tendenz der Heimatgemeinde der Mutter, deren Kinder nicht anzuerkennen, gerechtfertigt[1]).

Die *Form der Heimatscheine* wurde festgesetzt durch Konkordat vom 28. Januar 1854 (A. S. IV, 357), dem alle Stände ausser Appenzell I.-Rh., Wallis und Neuenburg beitraten; an Stelle dieses Konkordates ist der B. R. B. vom 16. März 1885 (A. S. VIII, 50) getreten, der zwar den Inhalt des Konkordates teilweise bestätigt, ihn aber kraft eigener Autorität aufrecht erhält und für alle Kantone verbindlich erklärt (*Salis*, II, Nr. 357). Der Sinn dieses Beschlusses ist der: dass sich die Kantone, wenn sie zur Ausstellung von Heimatscheinen verpflichtet sind, der angegebenen Form bedienen sollen; nicht aber dass ein Schweizerbürger nur auf Grund eines diesem Formular entsprechenden Heimatscheines die Niederlassung beanspruchen kann.

Mehr als die erwähnten Ausweisschriften dürfen die Niederlassungsbehörden nicht verlangen; z. B. keinen Ausweis über weitere Zivilstandsverhältnisse, wie es mehrere vom B. R. beanstandete kantonale Gesetze vorschrieben, oder über die Rechtsfähigkeit; fraglich kann nur sein, ob die Beibringung solcher Zeugnisse als Ordnungsvorschrift zulässig ist; m. E. ist die Frage zu verneinen, denn auch dann ist sie eine Erschwerung der Niederlassung, die über das zulässige Mass hinausgeht[2]). Der Heimatschein oder die gleichbedeutende Ausweisschrift soll das einzige *formelle* Erfordernis der Niederlassung sein, der einzige vom Einziehenden zu leistende Nachweis, im Gegensatz zu Art. 41 der B. V. von 1848, welcher ausserdem ein Zeugnis sittlicher Aufführung und eine Bescheinigung über den Besitz der bürgerlichen Rechte und Ehren verlangte[3]).

Kann der die Niederlassung Begehrende die erforderlichen Ausweisschriften nicht beibringen, so kann ihm die Niederlassung verweigert (B. Ger. vom 22. Nov. 1893 i. S. Rohrer, XIX, 673; *Salis*, II, Nr. 586) oder nur unter schwereren Bedingungen erteilt werden, z. B. an die Hinterlage einer Real- oder Personalkaution; vgl. die Genehmigung des so lautenden St. Galler Gesetzes vom 17. Mai 1899 (B. Bl. 1900, I, 789; *Salis*, II, Nr. 577).

b. Die Niederlassung kann ferner demjenigen verweigert werden, der *infolge eines strafgerichtlichen Urteils nicht im Besitze der bürger-*

---

[1]) B. R. B. vom 11. Juli 1881 i. S. Lusser, B Bl. 1883. II, 862; *Salis*, II, Nr. 665. Die im B. Bl. 1891, II, 633, und bei *Salis*, II, Nr. 586 a wiedergegebene Entscheidung des B. R., wonach die Niederlassung dem sich Verheiratenden entzogen werden könne, bis er seinen bisherigen Heimatschein (für Unverheiratete) durch einen neuen (für Verheiratete) ersetzt habe, ist unrichtig; es kann dies nur eine Ordnungsvorschrift sein, denn nichts berechtigt zur Annahme, dass das Bürgerrecht des Niedergelassenen infolge seiner Verheiratung zweifelhaft geworden sei und dass es durch die Heimatgemeinde in Frage gestellt werden könnte.

[2]) B. Bl. 1877. II, 519; 1878, II, 482; 1883, II. 850; 1882. II. 748; *Salis*, II, Nr. 547, 572 574, 575. B. R. B. vom 16. Aug. 1887 i. S. Hess, B. Bl. 1888, II, 791; *Salis*, II, Nr. 588.

[3]) A. M. *Schollenberger*, Kommentar, S. 349. Vgl. die Verhandlungen über den Fall Dürnten, B. R. B. vom 31. Januar 1876, B. Bl. 1876, I, 437; Berichte der St. R. K. vom 14. März 1876 und 12. Dez. 1877, B. Bl. 1876, I, 975; 1877, IV. 759. *Salis*, III, Nr. 1167, und oben Art. 43.

lichen Rechte und Ehren ist. Unter diesem letzteren Begriff ist i. S. der B. V. die Fähigkeit zu verstehen, öffentliche Funktionen im w. S. auszuüben: nämlich das politische Recht des Stimm- und Wahlrechts, die Fähigkeit, öffentliche Ämter zu bekleiden oder amtliche Funktionen, die keine Anstellung voraussetzen, auszuüben, wie diejenige des Geschwornen, des Gerichts- oder Instrumentszeugen, des Vormundes, des Anwaltes vor Gericht [1]); denn zur Ausübung öffentlicher Funktionen bedarf man nach gemeiner Rechtsanschauung der vollen Ehrenhaftigkeit. Das Wesentliche ist daher, dass wegen mangelhafter Ehrenhaftigkeit dem Verurteilten die Fähigkeit, alle oder einzelne dieser Funktionen auszuüben, abgesprochen wurde. Kennt nun das kantonale Recht nur die Aberkennung einzelner dieser Fähigkeiten, und zwar solcher, die nur Männern zukommen, wie das Aktivbürgerrecht, so gehen Frauen nie des Niederlassungsrechtes verlustig, auch wenn sie die schwersten Verbrechen begangen haben [2]). Auch bestehen in der Praxis wie in der Gesetzgebung der verschiedenen Kantone in diesem Punkt unvermeidliche Unterschiede. Alles dies zeigt die technische Unvollkommenheit der Verfassungsvorschrift; eine andere Auslegung lässt aber der Text nicht zu.

Der Niedergelassene muss die bürgerlichen Rechte und Ehren infolge eines *strafgerichtlichen Urteiles* eingebüsst haben. Damit ist nicht gesagt, dass der Verlust nicht von Gesetzes wegen eintreten darf, sondern nur, dass er die Folge einer strafrechtlichen Verurteilung sein muss. Handelt es sich um ein Urteil eines Gerichts desselben Kantons, so ist die Frage einfach; wurde das Urteil aber in einem andern Kanton gefällt, so entscheidet wohl lediglich die Gesetzgebung dieses Kantons darüber, ob der Verurteilte i. S. von Art. 45 als seiner bürgerlichen Ehren und Rechte beraubt zu betrachten sei, so dass sich der Verurteilte nicht auf das mildere Gesetz des Niederlassungskantons berufen, dieser ihm aber auch nicht sein strengeres Recht entgegenhalten kann. Die gegenteilige Entscheidung würde zu schwierigen Nachprüfungen führen, die der Absicht der Verfassung kaum entsprechen. Anders ist dagegen zu entscheiden bezüglich ausländischer Urteile, weil sie auf Grund ganz verschiedener Gesetze und Auffassungen über die bürgerlichen Rechte und Ehren ergangen sein können und weil ein ausländisches Gericht gegenüber einem Schweizer nicht den Verlust der Ehrenfähigkeit aussprechen wird. Hier genügt es m. E., wenn die Gesetzgebung des Kantons, in dem Niederlassung begehrt wird, Verbrechen wie das abgeurteilte mit dem Verlust der Ehrenfähigkeit bestraft, infolge richterlichen Ausspruches oder von Rechts wegen, und darüber, ob diese Voraussetzungen hier vorliegen, hat diejenige Behörde zu entscheiden, welche über die Ausübung des Stimmrechts entscheidet; sie ist nur gebunden an die gerichtlich konstatierten Tatsachen [3]). Einem

---

[1]) Vgl *Stooss*, Die Grundzüge des schweiz. Strafrechts. 365. *Mentha*, La privation des droits civiques.

[2]) B. Ger. vom 30. Juni 1897 i. S. Geering, XXIII, 522. Das zürcherische Recht kennt nur die Einstellung im Aktivbürgerrecht und diese ist bei Frauen nicht üblich, trotzdem sie nach der Ansicht des B. Ger. nicht unmöglich und auch nicht gänzlich zwecklos wäre.

[3]) Das B. Ger. hat diese Frage beurteilt in einer Entscheidung vom 16. Febr. 1899 i. S. Wyss, XXV. I, 1. Vgl. § 37 des deutschen St. G. B. *Stooss*, Grundzüge, S. 368. Die Frage ist unzweifelhaft in diesem Sinne zu beantworten, wenn es sich um die Ausübung des Stimmrechts handelt. und zwar auch bei Urteilen anderer Kantone. B. Ger. vom 20 April 1883 i. S. Huber, XIV, 227. *Kunz*, Aktivbürgerrecht, S. 96.

Urteil ist gleichzuhalten der durch Zustimmung des Angeklagten zum Beschluss gewordene Strafantrag der Anklagebehörde. B. R. B. vom 22. Juni 1891 i. S. Weibel u. Teufer (B. Bl. 1892, II, 566; *Salis*, II. Nr. 601).

Ein strafgerichtliches Urteil setzt die Feststellung der Schuld des Verurteilten voraus. Daher genügt der Verlust der bürgerlichen Rechte und Ehren bloss infolge der Auspfändung oder des Konkurses nicht, auch nicht, wenn die Zahlungsunfähigkeit durch ein Urteil konstatiert wurde, wie bei den Revisionsverhandlungen ausdrücklich bemerkt wurde. B. Ger. vom 6. Mai 1897 i. S. Wyss, XXIII, 514. B. B. vom 23. Dez. 1875 i. S. Dahinten (B. Bl. 1875, IV, 178; 1876, I, 19, 30; II, 316; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 412). B. R. B. vom 30. Januar 1885 (B. Bl. 1885, I, 302; *Salis*, 2. Aufl., II, Nr. 604, vgl. 605). Stellt aber das Gericht zugleich die Schuld des Angeklagten fest und belegt es ihn wegen dieser Schuld gesetzesgemäss mit Strafe, wenn auch nur mit dem Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte, so liegt ein strafgerichtliches Urteil vor[1]. Vgl. einerseits B. R. B. vom 6. Januar, bestätigt durch B. B. vom 25. April 1882 i. S. Koch (B. Bl. 1882, I, 413; 1883, II, 854). B. R. B. vom 3. Juni 1881 i. S. Näf (B. Bl. 1882, II, 750; *Salis*, Nr. 607, 608); andererseits B. R. B. vom 17. Juni 1876 i. S. Frey (B. Bl. 1877, II, 521) und B. R. B. vom 25. Januar 1889 i. S. Weiersmüller (B. Bl. 1889, I, 261; *Salis*, II, Nr. 603, 606).

Das Gleiche wurde erkannt bezüglich der gerichtlichen Verurteilung zum Verlust der bürgerlichen Ehrenfähigkeit wegen Ehebruchs. B. R. B. vom 19. Mai 1893 (B. Bl. 1893, III, 29; *Salis*, II, Nr. 602). Die Wirkung des gerichtlichen Entzuges der bürgerlichen Ehrenrechte dauert so lange fort, bis die im Urteil festgesetzte Zeit abgelaufen ist. B. R. B. vom 27. Okt. 1882 i. S. Grobéty (B. Bl. 1883, II, 851; *Salis*, II, Nr. 599, und die dort angeführten Entscheide). B. Ger. vom 25. Okt. 1894 i. S. Alchenberger, XX, 734.

c. Die Kantone können bestimmen, *in welcher Form das Gesuch um Niederlassungsbewilligung* anzubringen ist. B. R. B. vom 16. Aug. 1887 i. S. Hess (B. Bl. 1888, II, 791; *Salis*, II, Nr. 588). B. Ger. vom 11. März 1897 i. S. Schildknecht, XXIII, 15: auch hier darf nicht willkürlich verfahren werden. Die Erledigung des Gesuches muss aber rasch vor sich gehen[2] und in der Zwischenzeit muss die Niederlassung geduldet werden oder, was praktisch auf das Gleiche herauskommt, die Wirkung der einmal erteilten Bewilligung ist auf das Datum des regelrechten Gesuches zurückzubeziehen. B. R. B. vom 16. Aug. 1887 (B. Bl. 1888, II, 790; *Salis*, II, Nr. 589, vgl. Nr. 571).

d. Während in Kantonen, welche das Prinzip der Armenunterstützung durch die Heimatgemeinde haben, die Niederlassung Kantonsangehöriger so wenig wie Kantonsfremder vom *Nachweis eigener Subsistenzmittel* abhängig gemacht werden kann, macht die B. V. zu gunsten der Kantone mit örtlicher Armenpflege eine Ausnahme: die Niederlassung Kantonsangehöriger kann in den Gemeinden solcher Kantone an die Bedingung geknüpft werden, «dass dieselben arbeitsfähig und an ihrem bisherigen Wohnorte im Heimatkanton nicht bereits in dauern-

[1]) Über die Ungleichheiten, die aus der Verschiedenheit des kantonalen Rechts entstehen, s. *Bloch*, a. a. O., S. 374.

[2]) B. R. B. anlässlich der Genehmigung des Schwyzer Gesetzes vom 1. Dez. 1881, B. Bl. 1883, II, 850; *Salis*, II, Nr. 574.

der Weise der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last gefallen seien» (Art. 45, Abs. 4). Die B. V. spricht ausdrücklich nur vom Falle, wo ein Kantonsbürger aus einer Gemeinde des Kantons in eine andere zieht; zieht ein Kantonsbürger von einem andern Kanton wieder ein, so muss er von derjenigen Gemeinde aufgenommen werden, wo er unterstützungsberechtigt ist; die andern können von ihm m. E. den gleichen Ausweis verlangen, wie wenn er aus einer Gemeinde des Kantons selbst käme[1]).

Der Arbeitsfähigkeit ist das Besitzen von Vermögen oder andern ausreichenden Subsistenzmitteln gleich zu halten, welche die Notwendigkeit der Unterstützung ausschliessen.

Im übrigen vgl. unten Ziffer 5, lit. b.

5. Entziehung der Niederlassung.

a. Die Niederlassung kann *entzogen* werden aus den Gründen, welche zur Verweigerung berechtigen, und ausserdem denjenigen Personen, «*welche wegen schwerer Vergehen wiederholt gerichtlich bestraft worden sind*».

Was als schweres Vergehen zu betrachten sei, beantwortet sich nicht nach dem jeweilen angewendeten kantonalen Recht, sondern nach der B. V. selbst; «schweres» ist darin im Gegensatz zu leichtem Vergehen und zu blosser Polizeiübertretung, nicht etwa zu nichtqualifiziertem Vergehen aufgefasst. B. R. B. vom 3. Juni 1881 i. S. Hänger (B. Bl. 1881, IV, 303; *Salis*, II, Nr. 623, I, und die dort zitierten Entscheidungen). Die Schwere des Vergehens ist nicht sowohl nach der Schwere der Strafe als nach der Art des Vergehens zu beurteilen, und als schwere Vergehen sind nach bundesgerichtlicher Praxis insbesondere diejenigen anzusehen, die eine für die öffentliche Sicherheit und Sittlichkeit gefährliche Gesinnung kund tun: B. Ger. vom 8. April 1897 i. S. Eglauf, XXIII, 508; 10. Nov. 1897 i. S. Küster, XXIII, S. 1360: leichtsinniges Falliment ist kein schweres Vergehen: 18. März 1896 i. S. Kost, XXII, 16; 14. Sept. 1898 i. S. Haist, XXIV, 452 (Kuppelei); anderseits genügt es nicht, dass das Vergehen begrifflich einer schweren Art von Vergehen angehöre. es muss auch in seiner konkreten Ausgestaltung als schweres erscheinen: B. Ger. vom 10. Juli 1895 i. S. Kämpf, XXI, 671. Das B. Ger. ist sogar so weit gegangen, mehrere leichte Vergehen und Übertretungen *einem* schweren Vergehen gleichzustellen, und auch das blosse unsittliche Betragen für ausreichend zu erachten, vorausgesetzt, dass der Niedergelassene wenigstens einmal wegen einem wirklich schweren Vergehen verurteilt worden sei. B. Ger. vom 11. Okt. 1894 i. S. Haldimann, XX, 731; unrichtig ist die Begründung des Urteils vom 18. März 1896 i. S. Kost, XXII, 16, wo die zweite Verurteilung wegen Drohung mit Rücksicht auf das Moment des Rückfalls als «schwer» qualifiziert wurde; *Salis*, II, Nr. 621; vgl. ferner das zitierte Urteil i. S. Eglauf. B. Ger. vom 29. April 1897 i. S. Bryner, XXIII, 510 (fortgesetzt sittenloser Lebenswandel). Die frühere Praxis entschied anders (B. Bl. 1885, II, 845). Dagegen wurde mehrmals erkannt, dass die in einigen Kantonen strafbare ausser-

[1]) Man war sich bei den Revisionsverhandlungen 1873—74 über die Bedeutung der Worte „im Heimatkanton“ nicht recht klar.

eheliche Niederkunft kein schweres Vergehen ist. B. R. B. vom 10. April 1891 i. S. Egli (B. Bl. 1892, II, 556); B. Ger. vom 9. Nov. 1899 i. S. Ackermann, XXV, I, 416; *Salis,* II, Nr. 624.

Das Vergehen muss zu gerichtlicher Bestrafung geführt haben; der aussergerichtliche, wenn auch amtliche Nachweis, z. B. durch Polizeirapporte, genügt nicht. B. R. B. vom 24. Okt. 1882 i. S. E. K.; *Salis,* II, Nr. 620 (notorisch übler Leumund und unsittlicher Gewerbebetrieb). Anders jedoch der B. R. B. vom 27. April 1883, bestätigt durch B. B. vom 3. Dez. 1883 i. S. Frauenfelder (B. Bl. 1883, III, 34; IV, 985, 739; 1884, II, 74; *Salis,* II, Nr. 622, II), wo noch andere Entscheidungen im gl. Sinne angeführt sind. Schon im Falle Frauenfelder hatte die Mehrheit der St. R. K. *(Schoch)* mit Recht eine gerichtliche Verurteilung verlangt. Das B. Ger. scheint in seinem Entsch. vom 8. Okt. 1902 i. S. Dumas, XXVIII, 329, zur richtigen Auffassung zurückkehren zu wollen, indem es blosse Polizeirapporte über unsittlichen Lebenswandel als ungenügend erklärt. Vgl. *Ullmer,* II, Nr. 794. Wird das gerichtliche Urteil später wieder aufgehoben, so fällt es auch als Ausweisungsgrund dahin [1]).

Aus dem Umstand, dass die Niederlassung wegen früherer strafgerichtlicher Verurteilungen nicht *verweigert* werden darf, folgt, dass die zur Entziehung berechtigenden schweren Vergehen *nach* erlangter Niederlassung müssen begangen worden sein, sonst könnte die Niederlassung, unmittelbar nachdem sie bewilligt worden ist, wieder entzogen werden. Die Urheber der Bestimmung wollten damit dem Verurteilten den Erwerb einer Niederlassung und die Gründung einer neuen Existenz an einem andern Ort ermöglichen [2]). Damit steht allerdings in Widerspruch, dass den gefährlichsten Verbrechern die Niederlassung wegen Entzug der bürgerlichen Rechte und Ehren verweigert werden kann.

Nach der Praxis genügt es, dass nach dem Erwerb der neuen Niederlassung wenigstens *ein* weiteres schweres Vergehen begangen worden sei [3]). B. R. B. v. 13. Jan. 1880 i. S. Eichenberger u. Ruch (B. Bl. 1881, II, 671; *Salis,* II, Nr. 610. B. Bl. 1883, II, 851; 1885, II, 845; *Salis,* II, 622, I); wobei aber, wie oben erwähnt, mehrere leichtere Vergehen oder unsittliches Betragen einem schweren Vergehen gleichgestellt werden. Das zweite Vergehen muss nach der ersten *Verurteilung* begangen worden sein. B. R. B. v. 26. Juli 1882, bestätigt durch B. B. v. 14. April 1883 i. S. Schoch (B. Bl. 1882, II, 503; 1883, II, 854; 1884, II, 780; *Salis,* II, Nr. 621). Dagegen ist es unrichtig, das Moment der Rückfälligkeit so zu betonen, wie es einige Entscheidungen tun, denn die Rückfälligkeit setzt die Gleichartigkeit der Vergehen voraus, und darauf stellt die B. V. sicher nicht ab [4]). — In Betracht kommen die Vergehen, begangen während der zu entziehenden Niederlassung, *gleichviel wo sie begangen wurden* [5]). Der Niederlassungs-

---

[1]) Anfechtbar ist der B. R. B. vom 29. Mai 1888 i. S. Weibel, B. Bl. 1891, II, 603.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 105, 334, 371, 278; *Salis,* II, Nr. 622, III.

[3]) *Leo Weber,* S. 68, *Berthean,* S. 66, und *Bloch,* S. 383, kritisieren mit Recht diese ausdehnende Interpretation.

[4]) Vgl. die eben zitierten Entsch., ferner B. Ger. vom 18. März 1896 i. S. Kost, XXII, 16.

[5]) Die Rechtsprechung hat dies noch nie grundsätzlich ausgesprochen, vgl. aber den Fall Frauenfelder, *Salis,* II, Nr. 615 und 622, II (Niederlassung in Aussersihl, Begehung des Delikts in Zürich); B. R. B. vom 13. Januar 1880 i. S. Eichenberger und Ruch (B. Bl. 1881, II, 671; *Salis,* II, Nr. 610: Verurteilung eines Berners während seiner Niederlassung im Kt. Solothurn durch das Schwurgericht von Burgdorf. *Bloch,* S. 389. *Schollenberger,* Freizügigkeit, S. 19 - 20. *Viret,* S. 67.

kanton ist also zur Entziehung der Niederlassung berechtigt, der Kanton der Begehung aber muss die Niederlassung gewähren!

Es zeigt sich hier die Engherzigkeit des ganzen Systems des Art. 45, besonders wenn man bedenkt, dass es nicht nur unter den Kantonen, sondern auch innerhalb des Heimatkantons Anwendung findet: was hat es, vom Standpunkt des Landesinteresses aus betrachtet, für einen Sinn, eine vielleicht seit ihrer Geburt in *einem* Kanton niedergelassene Person in ihren Heimatkanton und vielleicht in ihre Heimatgemeinde zurückzuschicken wegen moralischer Defekte, die ihrer bisherigen Umgebung eigen sind? oder wenn sie gar in ihrem Heimatkanton vom Orte, wo sie mit ihren Fehlern aufgewachsen ist, ihrer Heimatgemeinde zugeschickt wird? Gleicht dies nicht einer planmässigen Verbreitung von moralischen Krankheitskeimen? Man vergleiche die Ausweisung der Eheleute Frauenfelder (wegen Kuppelei) aus Zürich in ihre Heimatgemeinde Flaach, diejenige der Eheleute Emmenegger (wegen Unterschlagung und schwerer Körperverletzung) aus Luzern in ihre Heimatgemeinde Schüpfheim. Und anderseits: ist es vernünftig, alle Kantone. aus denen sie bisher noch nicht ausgewiesen wurden, und alle Gemeinden ihres Heimatkantons zu zwingen, sie aufzunehmen, sofern sie nur ihre bürgerlichen Rechte und Ehren besitzen [1])?

Zur Veranschaulichung des Gesagten, namentlich des Begriffes des schweren Vergehens, seien folgende der Praxis entnommene Beispiele angeführt:

a. Im Falle Eglauf (B. Ger. XXIII, 508) gingen der Ausweisung i. J. 1896 folgende Verurteilungen voraus: 1880 wegen Körperverletzung im Affekte zu Geldbusse; 1883 wegen rechtswidriger Tätlichkeit zu Geldstrafe; 1889 wegen leichtsinnigen Bankerotts, Ungehorsams gegen amtliche Befehle, Erbrechens von Amtseingaben und Amtsehrverletzung zu 2 Monaten Gefängnis; 1895 wegen Amtsehrverletzung und gefährlicher Drohung zu 14 Tagen Gefängnis; 1896 wegen Diebstahls zu 3 Tagen Gefängnis; 1896 wegen rechtswidriger Tätlichkeit zu 3 Wochen Gefängnis (*Salis*, II, Nr. 623, III).

b. Rieser wurde 1880 aus dem Kanton Solothurn ausgewiesen, weil er 1871 und 1873 in Trachselwald wegen Konkubinates je zu 5 Tagen Gefängnis, 1877 in Solothurn wegen eines mit Einbruch verübten Diebstahls von Hühnern zu sechs Monaten Einsperrung, und endlich 1879 in Burgdorf wegen Diebstahls zu 18 Monaten Gefängnis verurteilt worden war (*Salis*, II, Nr. 610).

c. Der Kanton Genf entzog im Jahr 1894 die Niederlassung dem Haldemann auf Grund folgender Verurteilungen: Febr. 1888 zu 10 Fr. Busse wegen Schlägerei; März 1890 zu 24 Stunden Gefängnis wegen

---

[1]) Am 19. Dez. 1902 reichten die St. R. *Bigler* und *Stössel* folgende Motion ein: „Der B. R. wird eingeladen, zu prüfen und den eidg. Räten darüber Bericht zu erstatten, ob nicht der Entzug der Niederlassung nach Art. 45, Alinea 3, der B. V., den Strafzweck beeinträchtigt, sowie eine rationelle Armenpflege erschwert, und bejahendenfalls, ob und in welcher Weise der Übelstand zu beseitigen wäre.“ Sie wurde im St. R. am 15. April und 6. Juni 1901 diskutiert, St. B. XIV, 260 ff., und abgelehnt. B. R. *Brenner* hatte ihr folgende, von den Motionären akzeptierte Fassung gegeben: „Der B. R. wird eingeladen, zu prüfen und zu berichten, ob nicht das im Art. 45 der B. V. enthaltene Recht der Kantone, Schweizern die Niederlassung zu verweigern oder zu entziehen, beseitigt oder eingeschränkt werden sollte“, S. 290.

Schlägerei; Dez. 1890 zu 8 Tagen Gefängnis wegen Körperverletzung; April 1891 zu 5 Tagen Gefängnis wegen Körperverletzung; Januar 1892 zu 15 Tagen Gefängnis wegen Körperverletzung und ferner 1894 zu 6 Monaten Gefängnis wegen Körperverletzung (B. Ger. XX, 731).

d. Im Falle Bryner lagen folgende Verurteilungen vor: über den Ehemann: März 1890 wegen betrügerischen Bettels 14 Tage Gefängnis; August 1891 wegen vorsätzlicher Körperverletzung 1 Monat Gefängnis; Juli 1892 wegen Gehülfenschaft bei Kuppelei (Betrieb eines Bordells) 1 Woche Gefängnis und 50 Fr. Busse; Oktober 1895 wegen Kuppelei 14 Tage Gefängnis; – über die Frau: Juli 1892 wegen Betriebs eines Bordells 3 Wochen Gefängnis und 50 Fr. Busse; Okt. 1895 wegen Kuppelei 14 Tage Gefängnis. Am Niederlassungsort war einzig der Ehemann wegen Kuppelei und Wirten ohne Patent zu 1 Monat Gefängnis und 50 Fr. Busse verurteilt worden. — Beide wurden im März 1897 ausgewiesen. Die Ausweisung der Ehefrau kann indessen kaum gerechtfertigt werden (B. Ger. XXIII, 510).

Bei der Ausweisung dürfen dem Niedergelassenen nicht strafgerichtliche Verurteilungen angerechnet werden, die er zu einer Zeit beging, wo er, weil Kantonsangehöriger, überhaupt nicht ausgewiesen werden durfte; es ist dies namentlich bei Frauen der Fall, die infolge ihrer Verheiratung ein anderes Bürgerrecht erwerben. B. Ger. vom 24. April 1895 i. S. Matthey, XXI, 333. B. R. B. vom 27. März 1888 (B. Bl. 1887, II, 692; *Salis,* II, Nr. 594).

b. Die Niederlassung kann ferner denjenigen entzogen werden, *welche dauernd der öffentlichen Wohltätigkeit zur Last fallen,* und deren Heimatgemeinde, beziehungsweise Heimatkanton, eine angemessene Unterstützung trotz amtlicher Aufforderung nicht gewährt. Ein Folgesatz des in den meisten Kantonen und im Verhältnis der Kantone untereinander geltenden Grundsatzes, dass die Heimatgemeinde oder der Heimatkanton zur Unterstützung verpflichtet ist.

Der öffentlichen Wohltätigkeit fällt derjenige zur Last, der aus öffentlichen Mitteln unterstützt wid; wer in zulässiger Weise, d. h. ohne zu betteln, von Privaten Unterstützung erhält, darf nicht ausgewiesen werden. B. Ger. vom 27. Dez. 1895 i. S. Süess, XXI, 935; vom 1. April 1896 i. S. Koller, XXII, 361 (Unterstützung durch einen Privatverein); wer sich dagegen nur durch Bettel durchbringt, beweist, dass er sich auf rechtmässige Weise nicht zu ernähren vermag und ohne das Betteln der öffentlichen Unterstützung zur Last fiele. Wird der Niedergelassene nur vorübergehend und aus vorübergehenden Gründen unterstützt, so darf er noch nicht ausgewiesen werden; vorübergehende Unterstützungen sind vom Niederlassungskanton zu leisten und können vom Heimatkanton nicht zurückgefordert werden[1]). B. R. B. vom 12. Nov. 1878 i. S. thurgauische Regierung (B. Bl. 1879, II, 591; *Salis,* II, Nr. 831). Unrichtig: B. R. B. vom 16. Nov. i. S. Leuzinger (B. Bl. 1888, II, 793). Genügt dagegen eine momentane Unterstützung nicht, oder wiederholt sie sich öfter aus Gründen, die in der Person des Niedergelassenen oder in den äussern Verhältnissen liegen, so ist die Niederlassungsbehörde zur Heimschaffung berechtigt, wenn nicht die Heimatbehörde Unter-

[1]) Auf das Verhältnis der Gemeinden des Heimatkantons unter sich ist jedoch der Satz betr. Nichtrückforderung der geleisteten Unterstützung nicht anzuwenden.

stützung gewährt; vgl. B. Ger. vom 18. Febr. 1897 i. S. Totti, XXIII, 11. Sie wird von vornherein mit der Heimschaffung drohen können, wenn es sich herausstellt, dass der Niedergelassene arbeitsunfähig und von allen Subsistenzmitteln entblösst ist; und aus demselben Grund kann dem Niederlassungskanton vernünftigerweise nicht das Recht bestritten werden, die Niederlassung zu *verweigern*, wenn es klar auf der Hand liegt, dass der Einziehende auf fremde Unterstützung angewiesen ist; dieser kann der Niederlassungsbehörde nicht entgegenhalten, er werde möglicherweise durch Private unterstützt werden, denn die Sorge dafür, dass er das Unentbehrliche erhalte, fällt doch schliesslich den öffentlichen Verbänden zu und diese Sorge soll der von Rechts wegen unterstützungspflichtige Verband, der Heimatverband tragen. Dagegen darf von den Neueinziehenden kein Ausweis über Vermögen oder Erwerbsmittel verlangt werden, wie unter der B. Verf. von 1848[1]). B. R. B. vom 28. Dez. 1888 i. S. Schweizer (B. Bl. 1889, II, 755; *Salis*, II, Nr. 609).

Die (dauernde) Unterstützung ist von der Heimatgemeinde oder dem Heimatkanton zu leisten; letzteres ist im Kanton Bern der Fall, während im Kanton Neuenburg, wo ebenfalls die örtliche Armenpflege besteht, die Heimatgemeinde unterstützungspflichtig ist.

Die Heimatgemeinde oder der Heimatkanton muss zur Unterstützung «*amtlich aufgefordert*» werden, d. h. durch die kompetente Behörde des Niederlassungsortes und nicht in Form blosser Einladung oder Anfrage[2]).

Die Unterstützung der Heimatbehörde muss eine angemessene sein, d. h. zur Bestreitung des Unentbehrlichen ausreichen[3]).

Abs. 5: «Jede Ausweisung wegen Verarmung muss von Seite der Regierung des Niederlassungskantons genehmigt und der heimatlichen Regierung zum voraus angezeigt werden.» Es genügt nicht, dass gegen die Ausweisung durch eine Gemeindebehörde an den Regierungsrat rekurriert werden könne[4]). Die Anzeige muss lang genug vor der Ausweisung erfolgen, um der Heimatbehörde zu ermöglichen, die nötigen Anstalten zur Entgegennahme und Versorgung des Ausgewiesenen zu treffen.

Bei Verarmung sowohl *wie bei strafgerichtlicher Verurteilung* wegen schwerer Vergehen kann die *Niederlassung* auch dann *entzogen* werden, wenn sie *nicht ausdrücklich bewilligt* worden war, sofern seit der geduldeten tatsächlichen Niederlassung Entziehungsgründe eingetreten sind; gleichgültig, ob die Niederlassung nachgesucht, aber ohne Grund nicht bewilligt worden war, oder ob sie gar nicht nachgesucht wurde, obschon sie hätte bewilligt werden müssen. B. Ger. vom 29. April 1897 i. S. Bryner, XXIII, 510. Vgl. den Fall Schildknecht, B. Ger. vom 11. März 1897, XXIII, 15, wo die Niederlassung hatte bewilligt werden müssen. Der mit Ausweisung Bedrohte kann sich nicht auf die man-

[1]) Gl. A. *Schollenberger*, Kommentar, S. 253.

[2]) B. Ger. vom 1. April 1896 i. S. Koller, XXII, 361 (private Aufforderung); und das Urteil i. S. Süess (Einladung, zu prüfen, welche Massregeln zu treffen seien, um den Übelständen abzuhelfen). *Salis*, II, Nr. 631.

[3]) B. R. B. vom 30. Nov. 1883; *Salis*, II, Nr. 635; ein wöchentlicher Unterstützungsbeitrag von 4 Fr. für 4 Männer ist ungenügend; desgleichen ein jährlicher Beitrag von 350 Fr. für einen erblindeten Vater, eine Mutter und 5 kleine Kinder.

[4]) Genehmigung des Zuger Gesetzes vom 20. Nov. 1876, B. Bl. 1878, II, 482; *Salis*, II, Nr. 572, 1o.

gelnde Niederlassungsbewilligung berufen mit der Behauptung, dass es sich vorerst um Bewilligung oder Verweigerung der Niederlassung handle, denn im zweiten Fall hat er das Ausbleiben der Bewilligung selbst verschuldet, und im ersten stände er nicht besser, wenn er die Bewilligung erhalten hätte.

Auch hier drängt sich die Kritik des verfassungsrechtlich anerkannten Rechtszustandes auf: es ist bei der heutigen Verkehrsfreiheit und -leichtigkeit je länger desto weniger haltbar, dass die Heimatgemeinde und der Heimatkanton auf unbeschränkte Zeit hinaus unterstützungspflichtig bleiben gegenüber Angehörigen, die sie nicht im stande wären, durch Arbeit zu ernähren, und die schon Jahrzehnte oder Generationen hindurch fort sind. Es kann diesem Missverhältnis entweder durch Einbürgerung der Niedergelassenen im Niederlassungskanton unter Aufgabe ihres bisherigen Bürgerrechts[1]), oder durch Einführung des Grundsatzes der Unterstützung am Wohnorte abgeholfen werden.

Die Kantone können zur Erlangung wie zur Behaltung der Niederlassung *günstigere Bedingungen* aufstellen als die B. V.; nur gibt Art. 45 B. V. den Niedergelassenen kein Recht darauf. Darauf aber haben die einziehenden und niedergelassenen Schweizerbürger kraft Art. 4 B. V. ein Recht, dass diese Bedingungen, welche sie immer seien, allen gegenüber gleich angewendet und nicht willkürlich ausgelegt werden. B. R. B. vom 22. Okt. 1880 i. S. Kaufmann (B. Bl. 1881, II, 672); unrichtig der B. R. B. vom 6. Januar 1882 i. S. Koch, bestätigt durch B. B. vom 25. April 1882 (B. Bl. 1882, I, 413, II, 712; 1883, II, 854), und B. R. B. vom 14. Aug. 1891 i. S. Vogel (B. Bl. 1891, IV, 259; *Salis,* II, Nr. 548, 607, 551).

6. Wirkung der Bewilligung und des Entzuges.

Wurde im einzelnen Falle die Niederlassung einmal bewilligt, wo sie hätte verweigert werden können, oder weiter gewährt, wo sie hätte entzogen werden können, so ist zu unterscheiden, ob der Verweigerungs- oder Entziehungsgrund der Niederlassungsbehörde bekannt war oder nicht. War er nicht bekannt, so kann die Niederlassung auch nachträglich noch entzogen werden. Kannte aber die Niederlassungsbehörde diese Gründe, so kann sie nachträglich nicht ohne weiteres wieder darauf zurückgreifen; denn die einmal gewährte Bewilligung spricht dem Einziehenden das Recht der Niederlassung zu und dieser Rechtsspruch kann auf Grund des gleichen Tatbestandes nicht wieder umgestossen werden[2]); ein solches Verfahren würde gegen die Grundsätze der Rechtskraft verstossen und als willkürlich erscheinen (Art. 4 B. V.); dasselbe ist zu sagen von der stillschweigenden Weitergestattung der Niederlassung. Tritt aber ein neuer Grund zur Ausweisung hinzu, auch ein solcher, der allein nicht zur Ausweisung berechtigte, so kann die Niederlassungsbewilligung zurückgenommen werden, denn das Zurückkommen auf die erste Entscheidung erscheint nicht mehr als Willkür. Nach gleichen Gründen ist die Gewährung der Niederlassung auf Zusehen hin, die provisorische und gewissermassen prekaristische Bewilli-

---

[1]) Vgl. St. B., XII, S. 660, Votum *Bigler; Rieser,* „Das Schweizerbürgerrecht", Bern 1892, S. 171 ff., 182 ff.

[2]) *Bernatzik,* Rechtsprechung und materielle Rechtskraft, S. 168 ff.

gung, zu beurteilen: soll die Zurücknahme nicht in der reinen Willkür der Amtspersonen liegen, was bei der Ausübung öffentlicher Gewalt nicht gemeint sein kann, so muss wenigstens ein neuer erheblicher Grund der Verweigerung oder Entziehung hinzutreten. Die Bewilligung der Niederlassung auf Zusehen hin hat daher juristisch keine andere Bedeutung als die Bewilligung schlechthin. *Ullmer*, I, Nr. 158; II, Nr. 788, 798. Grundsätzlich unrichtig: B. Ger. vom 7. Febr. 1894 i. S. Haller, XX, 16. Richtig: B. Ger. vom 25. Okt. 1894 i. S. Alchenberger, XX, 736; vgl. die bei *Salis*, II, Nr. 599, vorletzter und letzter Absatz, zitierte Praxis.

Die *Entziehung der Niederlassung hat die Wirkung*, dass der Ausgewiesene das Gebiet, aus dem er ausgewiesen worden, nicht nur nicht mehr bewohnen, sondern auch nicht mehr vorübergehend betreten darf. B. R. B. vom 20. Januar 1882 i. S. Minnig (B. Bl. 1883, II, 852; *Salis*, II, Nr. 611). A. A. *Bertheau*, S. 27; *Viret*, S. 45. Die Niederlassung kann einem Kantonsfremden nicht nur für das Gebiet der bisherigen Niederlassungsgemeinde, sondern des ganzen Kantons entzogen werden[1]). Diese Auslegung kann nur im Falle der Ausweisung wegen wiederholter krimineller Bestrafung fraglich sein; auch hier sprechen aber überwiegende praktische Gründe dafür, und es war dies sicher auch die Meinung der Urheber der Bestimmung. Damit ist aber nicht gesagt, welche Behörde diesen Beschluss zu fassen habe, die Kantons- oder die Gemeindebehörde; namentlich nicht, dass die oberste kantonale Polizeibehörde stets von sich aus und nicht bloss auf Antrag der Ortspolizeibehörde dazu befugt sei; das sind Fragen der kantonalen Verwaltungsorganisation[2]).

Die Frage, ob die einmal beschlossene Ausweisung auf alle Zeiten hinaus wirksam bleibe, ist für die Ausweisung wegen Verarmung und wegen strafrechtlicher Verurteilung verschieden zu beantworten. Der wegen Verarmung Ausgewiesene muss wieder aufgenommen werden, wenn der Grund der Ausweisung, die Unterstützungsbedürftigkeit, gehoben ist, wofür der früher Ausgewiesene den Nachweis schuldet[3]). Wurde der Niedergelassene dagegen wegen wiederholter Bestrafung ausgewiesen, so bleibt der Ausweisungsbeschluss ebensolange bestehen als die Tatsachen, welche ihn veranlasst haben, nämlich die gerichtlichen Urteile; bundesrechtlich zwingt die Kantone nichts, der mildernden Wirkung der Zeit Rechnung zu tragen[4]).

---

[1]) B. R. B. vom 30. Juli 1881 i. S. Emmenegger, bestätigt durch B. B. vom 14. Juni 1882, B. Bl. 1883, II, 854; 1882. II, 360, 437; *Salis*, II. Nr. 612 und die andern dort angeführten Entscheidungen. — Ein mit andern Gemeinden abgeschlossener Vertrag berechtigt dagegen die Niederlassungsgemeinde nicht, aus dem Gebiete aller vertragschliessenden Gemeinden auszuweisen. B. Bl. 1881, III, 414 (Fall Emmenegger), a. M. *Bertheau*, a. a. O., 26–27.

[2]) *Schollenberger*, Freizügigkeit, S. 13, und *Leo Weber*, S. 22, sind a. M.

[3]) So das Baselstädtische Gesetz vom 24. Januar 1881, B Bl. 1882, II. 748; und das St. Gallische vom 17. Mai 1899. B. Bl. 1900, I, 789; *Salis*. II, Nr. 573, 577.

[4]) Vgl. den Fall Minnig, *Salis*, II, Nr. 611: Ausweisung im J. 1866; verweigerte Rückkehr im J. 1881, und den Fall Haller, B. Ger. XX, 16, wo allerdings neue Ausweisungsgründe in Betracht kamen. Das zitierte Baselstädtische Gesetz beschränkt die Wirkung der Ausweisung oder Verweigerung nach dem Ermessen der Behörde auf 2–10 Jahre. *Schollenberger*, Freizügigkeit, S. 14. Die zeitlich begrenzte Wirkung strafgerichtlicher Verurteilung befürwortet *Leo Weber*, S. 71–73; die Praxis betr. Gewerbefreiheit, und speziell Wirtschaftsgewerbe, die in diesem Sinne lautet, ist hier nicht massgebend. *Salis*, II, Nr. 963, 967.

7. Gebühren und Steuern.

Die Absätze 6 und 7 behandeln die vom Niederlasungsuchenden behufs der Niederlassung zu entrichtenden finanziellen Leistungen und die Besteuerung der Niedergelassenen durch die Gemeinde.

a. Für die Niederlassungsbewilligung darf eine *Kanzleigebühr* verlangt werden, deren Maximum durch ein Bundesgesetz zu bestimmen ist. Den 11. Mai 1883, i. S. Iten, entschied der B. R. (B. Bl. 1884, II, 745; *Salis.* II, Nr. 591), solange nicht ein neues Bundesgesetz anderes bestimme, haben die Kantone und die Gemeinden das Recht, in Anwendung des B. Ges. über die Dauer und die Kosten der Niederlassungsbewilligung, vom 10. Dez. 1849 (A. S. I, 271), Art. 2 und 3, für die Niederlassungsbewilligung eine Kanzleigebühr von höchstens 6 Fr. zu fordern, in welchem Betrage alle Gebühren enthalten sein müssen, welche für die Bewilligung an den Staat, an Bezirksbeamte oder an Gemeinden zu entrichten sind. Ferner ist es zulässig, beim Domizilwechsel von einer Gemeinde in eine andere desselben Kantons gemäss Art. 2 des genannten Gesetzes eine Kanzleigebühr von 3 Fr. zu erheben (B. Bl. 1876, I, 245; *Salis,* II, Nr. 592). Dagegen ergibt sich aus der Weglassung des ersten Teiles des 7. Absatzes von 1848, dass die Dauer der Niederlassungsbewilligung unbeschränkt ist und dass keine weiteren Gebühren für die Erneuerung derselben zu bezahlen sind. B. R. B. vom 22. Nov. 1875 i. S. Gügi (B. Bl. 1875, IV, 1011), bestätigt durch B. B. vom 17. März 1877 i. S. Dénéréaz (B. Bl. 1877, I, 570: *Salis,* II, Nr. 590).

Weitere finanzielle Lasten dürfen dem Niedergelassenen von dem die Niederlassung gestattenden Kanton behufs der Niederlassung nicht auferlegt werden, seien es Gebühren oder eigentliche Steuern; die B. V. nennt speziell die Bürgschaften. Die Worte «behufs der Niederlassung» treffen eigentlich nur solche Lasten, die als Bedingungen der Niederlassungsbewilligung oder wohl auch der weiteren Gewährung der Niederlassung gemeint sind, deren Nichtentrichtung die Verweigerung oder Entziehung der Niederlassung zur Folge hat; sie dürfen aber unbedenklich auf alle besonderen Lasten der Niedergelassenen bezogen werden (vgl. Art. 60), wie der 2. Satz des 6. Absatzes von der Besteuerung durch die Gemeinde überhaupt spricht. Der erste Satz des 6. Absatzes normiert das Verhältnis der kantonsfremden oder kantonsangehörigen Niedergelassenen zum Kanton; der zweite das Verhältnis zur Gemeinde; Kantonsangehörige wie Kantonsfremde können beanspruchen, den Ortsbürgern gleich behandelt zu werden. B. Ger. vom 19. Sept. 1879 i. S. Obwalden u. Kons. gegen Nidw., V, 320. Die kantonsfremden können aber nicht gleiche Behandlung mit den kantonsangehörigen Niedergelassenen verlangen, wenn diese besser als die Ortsbürger selbst gestellt sind [1]).

«*Besondere*» Steuern sind solche, die unter gleichen Bedingungen von Bürgern des Kantons oder der Gemeinde nicht gefordert werden,

---

[1]) Das b. ger. Urteil vom 22. März 1900 i. S. Scherrer u. Kons., XXVI. I, 7, ist insofern unrichtig, als es die kantonsfremden Niedergelassenen bezüglich einer *Gemeindesteuer* den kantonsangehörigen Niedergelassenen und nicht den Ortsbürgern gleichstellt, wie es Art. 45, Abs. 6, verlangt; diese Bestimmung war hier anwendbar, nicht Art. 60 B. V

wie die früheren Sitzgelder, Schirmgelder und Ansässengebühren [1]. Eine Verletzung dieses Grundsatzes ist es nicht, wenn die Niedergelassenen auch zu denjenigen Kantons- und Gemeindeausgaben beizutragen haben, die ihnen nicht zu gute kommen: diejenigen der Armenpflege [2]. Auch darin liegt keine Verletzung des Art. 45, dass diese Armensteuer von den niedergelassenen Kantonsbürgern z. T. an ihre Heimatgemeinde, von den niedergelassenen Kantonsfremden dagegen ganz an ihre Wohngemeinde bezahlt werden, sofern nur das Steuersystem und die Steuerquote für alle dieselben sind [3]; oder dass das ganze Steuerbetreffnis der Ortsbürger aus der Korporationskasse bezahlt wird [4], sofern dies nicht auf Kosten der öffentlichen Zweckbestimmung des Korporationsgutes geschieht, in welchem Falle diese Einrichtung zur Abwälzung der Gemeindelasten auf die Schultern der Niedergelassenen führen könnte. Anderseits haben die Niedergelassenen an alle Steuern, auch an ausserordentliche und solche beizutragen, die zur Deckung in später Zukunft liegender Bedürfnisse dienen. B. R. B. vom 9. Novbr. 1878 i. S. Nüsch (B. Bl. 1879, II, 594; *Salis,* II, Nr. 581: ausserordentliche Steuer zur Äufnung des Schulfonds).

Art. 46.

In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse stehen die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes.

Die Bundesgesetzgebung wird über die Anwendung dieses Grundsatzes, sowie gegen Doppelbesteuerung die erforderlichen Bestimmungen treffen.

I. Geschichte.

Die ersten Versuche, die Konflikte des interkantonalen Privatrechts zu regeln, wurden auf dem Konkordatswege gemacht; am 15. Juli 1822 schlossen 15 Stände das Konkordat betr. die vormundschaftlichen und Bevogtigungsverhältnisse der Niedergelassenen (Off. S. II, 34, 78) und 13 Stände das Konkordat betr. die Testierfähigkeit und Erbrechtsverhält-

[1]) *Blumer-Morel,* I, S. 391.

[2]) B. R. B. vom 15. Juli 1879 i. S. Mühlemann, B Bl. 1880, II, 607; *Salis,* II, Nr. 585. B. Ger. vom 22. März 1900 i. S. Scherrer und Kons., XXVI, I, 7. B. R. B. vom 21. April 1869 i. S. Laué, B. Bl. 1869, II, 398. *Zürcher,* Doppelbesteuerung, S. 58—60.

[3]) Vgl. das eben zitierte Urteil des B. Ger. i. S. Scherrer und Kons. und die Urteile vom 8. Febr. 1879 i. S. Fries, V, 31; vom 19. Sept. 1879 i. S. Obwalden u. Kons. gegen Nidwalden, V, 320; vom 12. Febr. 1875 i. S. Willihof, I, 51.

[4]) B. R B. vom 8. Sept. 1885 i. S. Niedergelassene von Altendorf, B. Bl. 1886, I, 954; *Salis,* II, Nr. 582.

nisse der Niedergelassenen (Off. S. II, 36)[1]. Über das Eherecht bestanden, nebst dem schon bei Art. *44* erwähnten, «wegen dem Heimatrecht der in einen andern Kanton einheiratenden Schweizerin», vom 8. Juli 1808: das Konkordat betr. Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine, vom 20. Juli 1820, dem 20 Stände beitraten (Off. S. II, 14), abgeändert am 15. Juli 1842 (Off. S. III, 204), und das Konkordat betr. die Behandlung der Ehescheidungsfälle, vom 6. Juli 1821, dem 12½ Stände beitraten.

In der *Revisionskommission* von *1848* beantragte die Majorität der I. Sektion in Art. 26 betr. die Geschäfte der B. Vers. als Ziffer 22: «Gesetzliche Bestimmungen über Niederlassungsverhältnisse nach Vorschrift des Bundesvertrages.» Die Minderheit als Ziffer 16 ihres Art. 25: «Die eidgenössischen Gesetze betr. freie Niederlassung der Schweizer von einem Kanton in einem andern.»

Die Kommission veränderte die Fassung, ohne dass aus den Protokollen ersichtlich wäre, warum: «Gesetzliche Verfügungen über Niederlassungsverhältnisse, über Heimatlose, Fremdenpolizei und Sanitätswesen» (Art. 15, Ziffer 13)[2]. Diese Bestimmung ging unverändert in die B. V. von 1848 über[3].

Gestützt u. a. auf diesen Artikel legte der B. R. der B. Vers. mit Botschaft vom 28. Nov. 1862 einen Gesetzesentwurf «betr. Ordnung und Ausscheidung der Kompetenzen der Kantone in den interkantonalen Niederlassungsverhältnissen» vor (B. Bl. 1862, III, 509). Da aber dem Bunde die Kompetenz zum Erlass eines solchen Gesetzes bestritten wurde, benutzten die Bundesbehörden den Anlass der Verfassungsrevision von 1865, um dem Volke und den Ständen folgende Bestimmung vorzuschlagen: «Der Bundesgesetzgebung wird vorbehalten, zu bestimmen, ob die Gesetze des Heimat- oder diejenigen des Niederlassungskantons für die Besteuerung, sowie für die Regelung der zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen massgebend sein sollen.» Dieser Revisionspunkt wurde aber wie die meisten andern in der Abstimmung vom 14. Januar 1866 durch 189,830 gegen 125,924 Stimmen und 13 gegen 9 Stände verworfen.

Es sei indessen erwähnt, dass sich die B. Vers. schon unter der 1848er Verfassung, aber vor allem auf Grund von Art. 44, Abs. 2 (Handhabung des Friedens unter den Konfessionen), kompetent erachtete, das Bundesgesetz, die gemischten Ehen betreffend, vom 3. Dez. 1850 (A. S. II, 130), und das Nachtragsgesetz dazu, vom 3. Febr. 1862 (A. S. VII, 126), zu erlassen (B. Bl. 1850, III, 1, 25; 1861, II, 5—6; 1862, I, 332).

Im Entwurf von 1870 brachte der B. R. die gleiche Bestimmung als 7. Abs. seines Artikels 41 wieder. Die politische Sektion der N. R. K. schlug vor, die Anwendung des Wohnsitzrechtes als Regel aufzustellen (Art. 42, Abs. 3): «In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse und die Besteuerung steht der Niedergelassene unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes. Für Fälle mehrfacher Niederlassung wird die Bundesgesetzgebung die Grundsätze der Ausscheidung aufstellen.»

---

[1]) *Blumer-Morel,* III, 274, 285. Zwei Stände traten vom ersten Konkordat später wieder zurück; zum zweiten kam ein neuer hinzu. *Escher,* Das schweiz. interkantonale Privatrecht, Zürcher Diss. 1895, 3 ff. *Nüscheler,* Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes, Zürich 1880. Diss., 116 ff.

[2]) Prot. der Revisionskommission: S. 112, 115, 157, 201. Vgl. den Entwurf von 1832, Art. 52, lit. *a* u. *g*; Entwurf von 1833, Art. 47, lit. *a* u. *f*. *Kaiser* u. *Strickler*. I, S. 242, 243.

[3]) Absch. 1847, IV, S. 117, 119.

In der Kommission wurde bemerkt, es liege allerdings eine Unbilligkeit darin, wenn der Niedergelassene am Wohnsitze Armensteuer zahle, ohne je Aussicht auf Mitgenuss zu haben; gerade dieses Übel werde aber die Kantone veranlassen, sich gegenseitig Reziprozität zuzugestehen. Der Antrag *Ruchonnet* blieb in Minderheit: «Die Gesetzgebung des Niederlassungskantons ist für die Besteuerung und die zivilrechtlichen Verhältnisse massgebend. — Die Fälle, in denen das Heimatrecht anwendbar ist, werden durch die Bundesgesetzgebung bestimmt.» Der Antrag der I. Sektion wurde unverändert angenommen[1]).

In der St. R. K. wurde der erste Satz redaktionell, der zweite inhaltlich abgeändert: «In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse und die Besteuerung steht der Niedergelassene unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes. — Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, über die Anwendung dieses Grundsatzes die weiteren Bestimmungen zu treffen» (Art. 45, Abs. 1 und 2). Der Antrag, die Frage, ob das Recht des Heimat- oder des Niederlassungskantons zur Anwendung kommen solle, unpräjudiziert der Bundesgesetzgebung zu überlassen, blieb in Minderheit[2]).

Der Beschluss der St. R. K. wurde auch im N. R. verteidigt, unter Hinweis auf verschiedene Verhältnisse, für welche das Recht des dermaligen Wohnsitzes nicht wohl Anwendung finden könne, wie die eheliche Geburt, die Legitimation, die Adoption, das Recht zwischen Ehegatten und die Güterteilung in Scheidungsprozessen. Das Wohnsitzprinzip selbst und die dadurch bedingten Veränderungen der Handlungsfähigkeit, des ehelichen Güterrechts und des Erbrechts wurde mehrfach angefochten. Dass das Prinzip des Wohnsitzes auch auf die Besteuerung nicht unbeschränkt Anwendung finden könne, wurde am Beispiele der Immobiliarsteuer und der Besteuerung der Geschäftsniederlassungen gezeigt. Um diesen Einwendungen Rechnung zu tragen, schlug B. R. *Dubs* folgenden Artikel vor: «In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse sind die Niedergelassenen unter ein einheitliches Recht zu stellen. — Ein Bundesgesetz wird diejenige Kantonalgesetzgebung anweisen, welche nach der Natur der einzelnen Rechtsverhältnisse massgebend sein soll. — Ebenso wird die Bundesgesetzgebung Bestimmungen treffen zur Verhütung von Doppelbesteuerungen.»

Die Bestimmung erhielt schliesslich als Art. 45 folgende Fassung: «In Beziehung auf die zivilrechtlichen Verhältnisse und die Besteuerung stehen die Niedergelassenen in der Regel unter dem Rechte und der Gesetzgebung des Wohnsitzes.» — Abs. 2 wie St. R. K.

Ein Antrag, die Steuern zu Armenunterstützungszwecken von der Wohnsitzregel auszunehmen, wurde abgelehnt[3]).

Im St. R. verbreitete sich namentlich *Dubs* über die Notwendigkeit, Konflikte der Steurgesetze zu vermeiden, wobei aber der Wohnsitzkanton des Steuerpflichtigen nicht durchweg steuerberechtigt sein könne; er verwies auf die allerseits anerkannte Ausnahme der Immobiliarbesteuerung, auf die Besteuerung von Gesellschaften und von Gewerben. Schliess-

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 38, 69, 127 ff., 206, 221, 224.

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 9, 10.

[3]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 176, 196, 222, 225, 553, 570.

lich wurde nach Antrag *Blumer* die heutige Fassung beschlossen[1]); der N. R. stimmte ihr zu.

In den Verhandlungen des Jahres 1873 beantragte N. R. *Bützberger:* «In zivilrechtlichen Verhältnissen stehen die Niedergelassenen unter dem Recht und der Gesetzgebung des Wohnsitzes, insoweit nicht durch Bundesgesetze Ausnahmen zu gunsten des heimatlichen Rechtes oder eines früheren Wohnsitzes festgestellt werden.» Worauf B.R. *Dubs* mit der etwas unklaren Bemerkung antwortete, die Fälle, in denen eine Ausnahme gemacht werden könne, seien nicht zahlreich. «Die Redaktion von 1872 sei vorzuziehen, weil nach der anderen Fassung eine gewisse Duplizität zwischen dem Rechte des Domizils und demjenigen der Heimat aufgestellt werde, während man die Einheit des Prinzips im Auge haben müsse.»

Die Fassung des Entwurfes vom 5. März 1872 wurde darauf im N. R., sowie ohne Diskussion im St. R. beibehalten[2]).

II. Auslegung.

A. Die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen.

Als der B. R. der B. Vers. Entwurf und Botschaft vom 28. Nov. 1862 betr. die Ordnung und Ausscheidung der Kompetenzen der Kantone in den interkantonalen Niederlassungsverhältnissen vorlegte, leitete er die Kompetenz des Bundes zu einem solchen Gesetze aus Art. 74, Ziffer 13, in Verbindung mit Art. 41, ferner aus Art. 5 B. V. ab, indem er bemerkte, es liege auch darin eine Beschränkung der Niederlassungsfreiheit, dass der Niedergelassene in eine ungünstige Rechtsstellung versetzt werde, und eine Beschränkung der Kantonssouveränität enthalte das Gesetz im Grundsatze nicht, da jeder Kanton, zu gunsten der andern, lediglich auf die natürlichen Grenzen seiner Souveränität zurückgeführt werde, die Art. 5 B. V. allen gleichmässig garantiere. Und endlich verwies der B. R. darauf, dass B. R. und B. Vers. kompetent seien, die interkantonalen Konflikte im Einzelfalle zu lösen, dass sie dabei gewisse Grundsätze für ihre Entscheidung aufstellen und dass die B. Vers. wohl nichts hindern könne, diesen Grundsätzen ihrer Entscheidung ein- für allemal feste Gesetzesform zu geben (B. Bl. 1862, III, 509).

Ohne auf die Auslegung der Verf. von 1848 einzugehen, sei hier bemerkt, dass das letzte Argument unzureichend ist: sicher soll die Bundesbehörde, wo sie interkantonale Konflikte zu schlichten hat, nach Grundsätzen entscheiden; sie mag diese Grundsätze auch auf dem Wege der Gesetzgebung festlegen, sofern sie sich nur darauf beschränkt, sie auf die Entscheidung von Konflikten anzuwenden, und nicht schlechthin zur Vermeidung solcher; sollen sie auch da gelten, wo keine Konflikte entstehen, sei es, weil die Gesetze der Kantone einander nicht widersprechen, sei es, weil die Kantone sich über die Entscheidung der Widersprüche vereinbart haben, so gehen sie zu weit und der Bund kann seine Kompetenz nicht aus seiner Befugnis, im Streitfalle zu entscheiden, ableiten, weil eben der Streitfall nicht gegeben ist. M. a. W., der

---

[1]) Prot. des St. R. vom 2. Februar 1872; *Bulletin*, 261.
[2]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 128, 335.

Bund kann bei solcher Rechtslage nur subsidiäres Recht schaffen, für den Fall, dass die Abgrenzung der kantonalen Souveränitäten nicht nach kantonalem Recht möglich wäre[1]). Der Entwurf wurde schliesslich vom St. R. verworfen und vom N. R. fallen gelassen (B. Bl. 1863, III, 329).

Nachdem die neue B. V. in Kraft getreten war, hatte der B. R. der B. Vers. einen ersten Entwurf mit Botschaft vom 25. Okt. 1876 unterbreitet (B. Bl. 1876, IV, 39), der aber vom N. R. verworfen und darauf von beiden Räten am 17. Dez. 1879 an den B. R. zurückgewiesen wurde, um zu geeigneter Zeit wieder vorgelegt zu werden. Der B. R. tat dies nach erneuter Aufforderung durch Botschaft vom 28. Mai 1887, und sein Gesetzesentwurf wurde nach langen Beratungen das heute geltende Bundesgesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 (A. S. XII, 369). Die Kompetenz des Bundes zu gesetzgeberischem Vorgehen konnte nicht mehr bestritten werden; im Laufe der Verhandlungen entstanden aber Zweifel über Umfang und Inhalt seiner Befugnis nach Art. 46 B. V.

Zunächst über den Begriff der «*zivilrechtlichen Verhältnisse*»: soll damit auch das Recht des Bundes gegeben sein, das auf Statusfragen anwendbare Recht zu bestimmen, mit der Wirkung des Erwerbes oder Verlustes des *Bürgerrechtes?* Es wurde mehrfach bestritten[2]), m. E. mit Unrecht, denn wenn die Kantone anerkanntermassen dem familienrechtlichen Geschäfte der Legitimation und der Adoption, der Vaterschaftsklage und der Aberkennungsklage diese Folge geben können, so kann der Bund über die Anwendung des Zivilrechtsgesetzes mit allen seinen Folgen entscheiden (vgl. Art. 44). Dagegen hat der Bund billigerweise das Recht des Heimatkantons zu berücksichtigen, wie er es in Art. 8 des geltenden Bundesgesetzes getan[3]), im Gegensatz zum Entwurf von 1876. — Die B. Vers. nahm auch das Recht in Anspruch, den *Gerichtsstand* zu bestimmen; es rechtfertigt sich dies sowohl durch den französischen Wortlaut des Art. 46 («à la juridiction et à la législation du lieu de leur domicile») als auch durch sachliche Gründe[4]).

Auch die Frage, welche Personen als *Niedergelassene* i. S. des Art. 46 zu betrachten seien, machte Schwierigkeiten: zwar konnte die Kompetenz des Bundes, auch die zivilrechtlichen Verhältnisse der *Aufenthalter* zu ordnen, angesichts des Art. 47 B. V. kaum fraglich sein; eher aber, ob das Bundesgesetz überhaupt das öffentlich-rechtliche Verhältnis der Niederlassung und des Aufenthaltes ausser Betracht lassen und auf den selbständigen Begriff des *Wohnsitzes* abstellen dürfe; überlegt man in-

---

[1]) Vgl. Bericht der St. R. K. Minderheit (*Rüttimann*) vom 13. Januar 1863, B. Bl. 1863, I, 155. Bericht der N.R.K. Minderheit (*de Miéville*) vom 3. Juli 1863, B. Bl. 1863, III, 89, 92–93. Referat *Rüttimann* im Juristenverein, Zeitschr. für schweiz. Recht, 1867, XVI, 28.

[2]) *König*, Das Gesetz über zivilrechtliche Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, Basel 1889, S. 3, 4, 33 ff.

[3]) Botschaft von 1862, B. Bl. 1862, III, 528. Botschaft von 1887, B. Bl. 1887, III, 119.

[4]) Vgl. das Referat von *Rott*, Zeitschr. für schweiz. Recht, 1884, III, 655—656, und die Botschaft des B. R. vom 28. Mai 1887, B. Bl. 1887, III, 113. *Salis*, Zeitschr. für schweiz. Recht, 1891, XI, 346. Das Gesetz von 1891 weist nur ausnahmsweise an den Gerichtsstand der Heimat in Art. 8, Abs. 1: Statusklagen; Art. 29 und 30: Vormundschaft über Landesabwesende; Art. 28, Ziffer 2: zivilrechtl. Verh. im Ausland domizilierter Schweizer, sofern das ausländische Recht nichts anderes bestimmt; Art. 28, Ziffer 1: Schweizer im Ausland, die dem ausländ. Recht unterworfen sind, in Bezug auf ihre in der Schweiz gelegenen Immobilien.

dessen, dass während den Revisionsverhandlungen von 1872 und 1874 stets vom Gegensatz des Wohnsitz- und des Heimatrechts die Rede war, und die B. V. selbst in der Regel das Recht des «Wohnsitzes» angewendet wissen will, dass statt dem nach kantonalem Verwaltungsrecht wechselnden Begriff der Niederlassung und des Aufenthaltes ein einheitlicher, rein bundesrechtlicher Begriff gefunden werden musste, dass der gleiche Bürger mehrere Niederlassungs- und Aufenthaltsbewilligungen haben kann, so wird man dem Bunde auch diese Freiheit unbedenklich zugestehen[1]). Dies aber angenommen, so bleibt noch die Frage, ob der Bund auch das Verhältnis der Kantonsbürger zum Heimatkanton oder nur zum Wohnsitzkanton zu regeln habe, und ferner das Verhältnis der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz zum schweizerischen Zivilrecht. Das Verhältnis der Kantonsbürger zu ihrem eigenen Kanton konnte in Betracht kommen einmal bei Kantonen, die in verschiedene Rechtsgebiete geteilt sind. wie Bern und Schwyz; der Antrag wurde in der N. R. K. 1888 von *Jolissaint* gestellt, in der Komm. angenommen, aber von den Räten durch einen andern (Art. 6) ersetzt[2]), dessen Tragweite heute bestritten ist[3]); dem Sinn des Art. 46 B. V. entspricht es m. E. besser, anzunehmen, dass Art. 6 des Gesetzes nur die Kollision des einen oder andern Rechtes desselben Kantons mit dem Rechte anderer Kantone regeln wolle; diese Erwägung ist aber heute nicht mehr ausschlaggebend. Sodann entsteht die gleiche Frage, wenn Kantonsbürger, die in einem andern Kanton niedergelassen waren, in ihren Heimatkanton zurückkehren, was namentlich im ehelichen Güterrecht praktisch wird. Die Schwierigkeit würde hier durch die weitere Frage vermehrt, ob im Falle des Wohnsitzwechsels der Ehegatten der Gesetzgeber am neuen Wohnort das Recht des ersten ehelichen Wohnsitzes anwendbar erklären könne oder ob er nur die Wahl zwischen dem jeweiligen Wohnsitzrecht und dem Heimatrecht habe. Es ist wahrscheinlich, dass man bei der Verfassungsrevision nur das Verhältnis der Niedergelassenen zum Niederlassungskanton und den Gegensatz von Niederlassungs- und Heimatrecht vor Augen hatte; allein die Entstehungsgeschichte spricht nicht gegen die weitere Auslegung[4]), und der Zweck der ganzen Bestimmung spricht gebieterisch dafür: die aus der Niederlassung von Bürgern eines Kantons in anderen Kantonen entstehenden Zweifel über das anzuwendende Recht sollten beseitigt werden; aus welchem Grunde die Anwendung eines früheren Wohnsitzrechtes im

---

[1]) Vgl. *Soldans* Referat, Zeitschr. für schweiz. Recht, 1884, III, 552—554. Botschaft von 1876, B. Bl. 1876, IV, 39. Botschaft von 1887, B. Bl. 1887, III, 113. *Martin*, Etude du projet de loi féd. sur les rapports de droit civil, Berne 1878, 2. *Escher*, Das schweiz. interkantonale Privatrecht, Zürich 1895, S. 62 (über *König*), 67 ff.

[2]) Prot. der N. R. K. vom 26. und 27. April 1888, B. Bl. 1888, III, 591. Bericht dieser Komm. *(Forrer)* vom 12. Juni 1888, B. Bl. 1888, III, 620; feuille fédérale *(Jolissaint)* 1888, III, 489—491. Vgl. dagegen die zutreffenden Bemerkungen bei *König*, a. a. O., 7, und den Bericht der St. R. K. vom 14. Juni 1889, B. Bl. 1889, III, 811. *Desgouttes*, a. a. O., 27, 38.

[3]) Die einschränkende Auslegung vertreten *Escher*, 96 ff.; *Bader*, 22. Gegenteiliger Ansicht: *Desgouttes*, 25 ff.; *Gabuzzi*, Repertorio di giurisprudenza patria, 1892, 471; *Salis*, a. a. O., 347; besonders *Zeerleder*, in der Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, 1896, XXXII, 254 ff. *Rossel*, Journal des Trib., Bd. 41, S. 561 ff., der auch den Art. 46 B. V. in diesem Sinne auslegt.

[4]) Die Anträge *Dubs* und *Bützberger* wurden m. E. nicht deshalb abgelehnt, weil sie die Anwendung eines früheren Wohnsitzrechtes zugelassen hätten, sondern weil sie die Regel des Wohnsitzrechtes abschwächten.

dermaligen Wohnsitzkanton hätte ausgeschlossen werden wollen, ist gar nicht einzusehen [1].

Dagegen sind m. E. die Bedenken gegen die Kompetenz des Bundes, die *internationalen* Privatrechtskonflikte zu regeln, gerechtfertigt; nicht weil das Bedürfnis nicht vorhanden wäre, sondern weil die B. V. in Art. 46 offenbar nur interkantonale Konflikte behandelt und diese Materie unabhängig vom internationalen Privatrecht geregelt werden kann. Man suchte denn auch die Kompetenz des Bundes auf eine andere Verfassungsbestimmung zu stützen und fand Art. 8: wenn der Bund die zivilrechtlichen Verhältnisse der Schweizer im Ausland und der Ausländer in der Schweiz durch Staatsvertrag regeln könne, so könne er es offenbar auch durch ein Gesetz. Diese Folgerung ist aber unrichtig, denn sonst hätte die Gesetzgebungskompetenz des Bundes überhaupt keine Schranken mehr, wie bei Art. 8 gezeigt wurde. Unrichtig ist es, schlechthin zu sagen, es seien internationale Verhältnisse; es handelt sich hier vielmehr um nationales Recht [2].

Mit der Vorschrift, dass die Niedergelassenen «*in der Regel*» unter dem Rechte des Wohnsitzes stehen sollen, wollte die Verfassung dem Gesetzgeber die Anleitung geben, dass er das Heimatprinzip nur in denjenigen Fällen einführen solle, wo ausnahmsweise starke Gründe dafür sprechen; der Gesetzgeber hat diese Anleitung auch befolgt [3].

Alle diese Fragen haben ihr praktisches Interesse durch das Inkrafttreten des Gesetzes vom 25. Juni 1891 verloren, vollends aber durch die Revision des Art. *64* B. V., welcher in seinem neuen Inhalt dem Bund das Recht gibt, über das internationale wie über das Privatrecht schlechthin zu legiferieren.

B. Doppelbesteuerung.

I. Grundsätze der Praxis unter der B. V. von 1848 [4].

Da die B. V. von 1848 die Doppelbesteuerung nirgends ausdrücklich verbot, konnten die Bundesbehörden ihre Kompetenz zur Entscheidung solcher Konflikte nur durch Schlussfolgerung aus andern Kompetenzen begründen, wie die Befugnis, kraft Art. 3 und 5 B. V. die Souveränität jedes Kantons gegen Übergriffe anderer zu schützen, die Niederlassungsfreiheit (Art. 41), sowie die Gleichheit vor dem Gesetze (Art. 4), und die Gleichstellung der Bürger anderer Kantone mit den eigenen (Art. 48);

---

[1]) A. M. grundsätzlich der B. R., Botschaft von 1887, B. Bl. 1887, III, 117. Bericht des B. R. vom 8. Juni 1891, B. Bl. 1891, III, 551. *Leo Weber*, Der Art. 46 B. V. und das eheliche Güterrecht, Zeitschr. des Bern. Jur. V., 1885, XXI, 313. *Rott*, a. a. O., S. 651; *Rüttimann*, in seinem Bericht B. Bl. 1883, I, 161.

[2]) Die Kompetenz des Bundes *bejahen*: Botschaft von 1887, a. a. O., S. 120, 126; Bericht der N. R. K., B. Bl. 1888, III, 609. *Soldan* und *Leo Weber*, Zeitschr. f. schweiz. Recht 1884, III, 650, 720; im Gegensatz zu *Rott*, ebds. 651; es *verneinen* sie: Bericht der St. R. K 1863, B. Bl. 1863, I, 145. Minderheit (*Rüttimann*), ibid., 155.

[3]) Vgl. *Rott*, a. a. O.

[4]) Die Praxis des B. R. und der B. Vers. in Doppelbesteuerungssachen ist mitgeteilt von 1848—1864 bei *Ullmer*, von 1864—1874 durch *Hafner*, in der Zeitschrift für schweizerische Gesetzgebung und Rechtspflege, Bd. IV, S. 1—40, im folgenden bloss zitiert mit *Hafner*. Vgl. die drei Preisschriften von *Zürcher*, *Schreiber* und *van Muyden*, betitelt: Kritische Darstellung der bundesrechtlichen Praxis betr. das Verbot der Doppelbesteuerung, 1882.

endlich die Beobachtung der Grundsätze über den Gerichtsstand (Art. 50) und die Vollziehung der Zivilurteile (Art. 49). Die ersten Beschwerden wegen Doppelbesteuerung betrafen die Frage, ob die Heimatbehörde berechtigt sei, von ihren auswärtigen Bürgern *Armensteuer* zu erheben. Der B. R. bejahte sie zuerst grundsätzlich, mit der Beschränkung, dass der auswärtige Bürger zwar der Gesetzgebung und der Gerichtsbarkeit seines Heimatkantons unterstellt bleibe, bezüglich der Eintreibung der Steuerforderung aber gemäss Art. 50 B. V. (Art. 59 von heute) an seinem Wohnorte gesucht werden müsse. Gleichzeitig wurde aber auch der Niederlassungskanton steuerberechtigt erklärt (*Ullmer,* I, Nr. 126, 127). Die B. Vers. trat in einem späteren Rekursfall dieser Anschauung entgegen, indem sie mit Beschluss vom 20. Juli 1855 erklärte, Entscheide über Steuern seien keine Zivilurteile i. S. von Art. 49 B. V., und es könne kein Kanton angehalten werden, Steuerforderungen anderer Kantone auf dem Exekutionswege einzutreiben (*Ullmer,* I, Nr. 128). Damit war dem Besteuerungsrecht des Heimatkantons jeder praktische Wert genommen, und der B. R. erkannte denn auch bald darauf, dass der B. B. vom 20. Juli 1855 im Prinzip dem Heimatkanton das Recht abspreche, seine anderswo niedergelassenen Angehörigen mit Armensteuern zu belasten (*Ullmer,* I. Nr. 129, 132). B. R. B. vom 23. Mai 1864, bestätigt durch die B. Vers., *Hafner,* S. 40. Es lag schon darin die grundsätzliche Anerkennung des Territorialsystems, wie sie im Falle der Gemeinde Flaach und im Falle Heizmann ausgesprochen wurde [1]).

Die Liegenschaften in seinem Gebiet sollte dagegen jeder Kanton kraft seiner Souveränität besteuern können, und zwar ausschliesslich (*Ullmer,* I, Nr. 217, vgl. II, Nr. 690), und dieser Grundsatz wurde in Abänderung der bundesrätlichen Rechtsprechung im Falle Dür durch B. B. vom 25. Juli 1862 auch auf die Erbschaftssteuer angewendet (*Ullmer,* II, Nr. 694, vgl. Nr. 693). Die Bedeutung des Entscheides liegt aber nicht sowohl in der Lösung dieser Spezialfrage als in der Anerkennung des Grundsatzes, dass der besteuerte Bürger selber den Steuerkonflikt zweier Kantone bei den Bundesbehörden anhängig machen könne, m. a. W., dass er ein subjektives Recht darauf habe, nicht doppelt besteuert zu werden. «Es ist nämlich nicht einzusehen, weshalb das Begehren des Bürgers, der durch den Widerspruch der Kantone geschädigt wird, nicht gerade so gut Gehör finden sollte, wie wenn die Kantone selbst den Bund zur Entscheidung anrufen.» Es bedurfte daher keiner weiteren Kompetenzbegründung mehr, um auf Beschwerden wegen Doppelbesteuerung jeder Art einzutreten [2]).

Der B. R. schlug der B. V. in seiner schon erwähnten Botschaft vom 28. Nov. 1862 vor, in einem Gesetze betr. Ordnung und Ausscheidung der Kompetenzen der Kantone in den interkantonalen Niederlassungsverhältnissen auch Regeln zur Vermeidung von Doppelbesteuerung aufzustellen, und begründete die Kompetenz des Bundes gleich, wie er seine Kompetenz zur Regelung der zivilrechtlichen Verhältnisse begründet

---

[1]) *Ullmer,* Nr. 132, 133. Vgl. die Kritik dieser Praxis, namentlich bezüglich der Armensteuern, durch *Rüttimann,* B. Bl. 1863, I, 163, und Referat im Juristenverein: Zeitschr. für schweiz. Recht, XVI (1867), 28.

[2]) Vgl. *Ullmer,* II, Nr. 694: Das vormundschaftlich verwaltete Vermögen ist am Orte, wo die bevormundete Person niedergelassen ist, zu versteuern, nicht wo sich die vormundschaftliche Verwaltung befindet.

hatte. Auch hier ist zu bemerken, dass das Gesetz unter der B. V. von 1848 richtigerweise nur ein Konfliktsgesetz sein konnte; das kantonale Recht musste also vorgehen, sofern kein Konflikt daraus entstand. Unter der heutigen Verfassung verhält es sich anders, weil sie die Doppelbesteuerung von sich aus verbietet und der Gesetzgebung den Auftrag gibt, das Verbot auszuführen.

Das *Ausführungsgesetz* ist bis zur Stunde nicht zu stande gekommen; der B. R. legte den eidg. Räten mit Botschaft vom 6. März 1885 einen Entwurf vor; die Räte konnten sich darüber nicht einigen (B. Bl. 1885, I, 534 ff.; 1888, II, 757). Im Jahre 1900 kamen die Vorsteher einer Mehrzahl kantonaler Finanzdirektionen überein, die Ausarbeitung eines Bundesgesetzes zu veranlassen, und nahmen einen von Reg. Rat *Speiser* vorgelegten Entwurf an; die Konferenz ersuchte darauf den B. R., die Angelegenheit wieder an die Hand zu nehmen. Der schweiz. Juristenverein behandelte diese gesetzgeberische Frage in seiner Versammlung von 1902 und sprach sich ebenfalls für den Erlass eines Bundesgesetzes auf Grund des Entwurfes der kantonalen Finanzdirektionen aus[1]).

Das B. Ger., welchem die Handhabung des Art. 46, Abs. 2, B. V., seit 1874 zufiel, erklärte, es könne angesichts der bundesrechtlichen Praxis nicht zweifelhaft sein, dass es auf Grund der Verfassungsbestimmung gegen Doppelbesteuerung Schutz zu gewähren habe, trotzdem das Ausführungsgesetz noch nicht erlassen sei. B. Ger. vom 5. Febr. 1875 i. S. Decker, I, 12. Dagegen könne es bis zum Erlass dieses Gesetzes im Hinblick auf Art. 2 Ü. B. gegen Doppelbesteuerung nur insoweit einschreiten, als nach bisherigem, durch die Praxis der Bundesbehörden ausgebildetem Bundesrecht eine Doppelbesteuerung als vorhanden erachtet und unzulässig erklärt worden sei; dass aber im ferneren, da die B. V. das Prinzip der Unzulässigkeit der Doppelbesteuerung nicht bestimmt ausspreche, sondern es lediglich als Sache der Bundesgesetzgebung erkläre, die *erforderlichen* Bestimmungen gegen Doppelbesteuerung zu treffen, dem B. Ger. nicht zukomme, über das bisherige Bundesrecht hinauszugehen[2]). Das B. Ger. hat sich aber nach und nach über diese Schranke hinweggesetzt, und gewiss mit Recht; denn wenn das B. Ger. von sich aus das unter bundesrechtlichen Schutz gestellte Verbot der Doppelbesteuerung zur Geltung bringen wollte, so musste es ihm volle Geltung verschaffen und, mangels gesetzlicher Anleitung, nach der Regel Recht sprechen, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.

2. Kompetenz des Bundes.

Das B. Ger. hat in konstanter Praxis erkannt, dass Art. 46, Abs. 2, B. V., nur auf *interkantonale Steuerkonflikte* Anwendung finde, und nicht auf *innerkantonale*, handle es sich nun um die gleichzeitige Besteuerung durch zwei Gemeinden, oder um doppelte Steuerbelastung durch die gleiche Behörde. B. Ger. vom 23. April 1875 i. S. Ricono, I, 59: Besteuerung durch zwei Gemeinden eines und desselben Kantons; ebenso:

[1]) Zeitschr. für schweiz. Recht, XXI (1902), 557, 648.

[2]) B. Ger. vom 23. Mai 1879 i. S. Böppli, V, 153; vgl. VII, 641; und I. 45; II, 11, 13, 385; III, 6.

B. Ger. I, 66; VIII, 17; 6. Juni 1884 i. S. Banque foncière du Jura, X, 178: doppelte Besteuerung des gleichen Wertes unter verschiedenen Qualifikationen durch die gleiche Behörde; 25. März 1887 i. S. Hypothekar- und Leihkasse Lenzburg u. G. XIII, 20: gleichzeitige Belastung einer Aktien-Gesellschaft mit der direkten Staatssteuer und mit einer Patentsteuer.

Die Verfassung ist in der Tat in diesem Sinne aufzufassen; wenn auch die Doppelbesteuerung scheinbar schlechthin verboten ist, so zeigt doch die Entstehung der Bestimmung, die stets im Zusammenhang mit dem Niederlassungswesen und mit den zivilrechtlichen Verhältnissen behandelt wurde, dass lediglich die Konflikte verschiedener kantonaler Steuerhoheiten gemeint waren. Liegt ein Steuerkonflikt zwischen Gemeinden des gleichen Kantons vor, so darf von den Kantonen erwartet werden, dass *sie* Abhülfe schaffen; liegt aber eine doppelte Belastung durch die gleiche Behörde vor, so gewährt Art. 4 B. V. Schutz gegen willkürliche oder ungleiche Behandlung[1]).

Das ist dagegen ausser Frage, dass der Steuerpflichtige nicht nur gegenüber dem Niederlassungskanton, sondern auch gegenüber seinem Heimatkanton zu schützen ist, wie sowohl aus der Fassung des Art. 46, Abs. 2, als aus der Rechtsprechung vor 1874 hervorgeht.

Ein interkantonaler Steuerkonflikt liegt auch dann vor, wenn Gemeinden verschiedener Kantone in Kollision geraten[2]).

Aus ähnlichen Gründen, wie sie bezüglich der zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen entwickelt wurden, ist m. E. das Verbot der Doppelbesteuerung grundsätzlich auch nicht anwendbar auf *internationale Steuerkonflikte*[3]). Die Bundesbehörden haben dies auch als Regel festgehalten, aber nicht ohne Ausnahmen.

Der B. R. hatte vor dem Inkrafttreten der geltenden Verfassung nur Beschwerden über gleichzeitige Erhebung von Erbschaftssteuern auf Mobiliarvermögen in der Schweiz und im Ausland zu entscheiden, und er liess jeweilen den kantonalen Fiskus gewähren[4]). Der Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869 wurde mit Recht als unmassgeblich erklärt. Die Niederlassungsverträge dagegen sind anwendbar, insofern sie den Ausländern in der Schweiz die gleiche Behandlung zusichern, die nach kantonalem Steuerrecht einem in den gleichen Umständen befindlichen Schweizer zu teil würde[5]).

---

[1]) Die Botschaft vom 6. März 1885 scheint anzunehmen, der Bund habe auch die Kompetenz, innerkantonale Steuerkonflikte zu schlichten, B. Bl. 1885, I, 534. Vgl. die Voten in der Zeitschr. f. schweiz. Recht, XXI, 672, 680. *Leo Weber*, Zeitschr. des bern. Juristenvereins, XXI, 9 f. ist der gl. A., aus dem m. E. unzutreffenden Grunde, weil Artikel 46, Abs. 2, ein individuelles Recht begründe. *Blumer-Morel*, I, 407—408.

[2]) B. Ger. IX, 15; XII, 13; XVII, 21; 21. Nov. 1894 i. S. Wegelin, XX, 716. Im letzten Urteile entschied das B. Ger., es sei nicht nötig, in solchen Fällen zuerst den Entscheid der kantonalen Oberbehörden anzugehen, da sie anlässlich des b. ger. Verfahrens Gelegenheit zur Vernehmlassung erhalten.

[3]) Vgl. *Speiser*, Referat 1902, S. 581.

[4]) B. R. B. vom 6. Aug. 1862 i. S. Braun, eine in Lausanne verstorbene Französin, bestätigt durch B. B. vom 23. Januar 1863, *Ullmer*, II, Nr. 1242. Fall Scherrer, ein in Nizza verstorbener, aber im Kt. Waadt domizilierter St. Galler; (besonders gedruckter) Geschäftsbericht für 1873, S. 352. B. R. B. vom 21. Aug. 1874 i. S. Fesquet, ein im Kt. Waadt domizilierter und verstorbener Franzose. B. Bl. 1875, II, 582; *van Muyden*, S. 25 ff.

[5]) *Rognin*, Conflits des lois suisses, 865 f. Die Geschäftsberichte des eidg. Justiz- und Polizeidepartements enthalten eine Anzahl solcher Fälle internationaler Doppelbesteuerung. Vgl. B. Bl, 1887, II, 665; 1888, II, 767; 1889, II, 723; 1890, II. 146, 147; 1895, II, 170 betr. Erbschaftssteuern; 1891, II, 536 betr. Arbeitsverdienst; 1903, I, 554 betr. Besteuerung schweizerischer Liegenschaften durch Preussen; 1894, II, 69 betr. Beisteuer zum Bau einer öffentl. Strasse.

Das B. Ger. hat ebenfalls das Verbot der Doppelbesteuerung im Prinzip als unanwendbar erklärt auf internationale Steuerrechtskonflikte; es sei nicht bundesrechtswidrig, wenn das Mobiliarvermögen einer Person, das nach den unter Kantonen geltenden Grundsätzen unter ausländischer Steuerhoheit stände, in der Schweiz zur Steuer herangezogen wird. Ob der Besteuerte Schweizerbürger oder Ausländer sei, ist gleichgütig, sofern der Ausländer die Gleichbehandlung mit den Inländern kraft Staatsvertrag beanspruchen kann [1]).

Die Erbschaftssteuer kann in der Schweiz vom ganzen beweglichen Nachlass bezogen werden, sei es, dass der Erblasser seinen letzten Wohnsitz in der Schweiz gehabt, wie in den Fällen Möli, B. Ger. vom 31. März 1877, III, 21, und Lehr, B. Ger. vom 24. Juni 1882, VIII, 276, oder dass ein anderer kantonalrechtlicher Besteuerungsgrund gegeben sei, wie sich aus der Begründung der erwähnten Entscheidungen ergibt, vorausgesetzt, dass die Besteuerung nicht willkürlich sei. Nur in einem Falle hat sich das B. Ger. zur materiellen Entscheidung und zur Verhinderung der Doppelbesteuerung kompetent erklärt: wenn ein im Ausland gelegenes Grundstück in der Schweiz besteuert werden soll; die vom B.Ger. entschiedenen Fälle betrafen die Erbschaftssteuer [2]); das Gleiche muss aber für andere Immobiliensteuern gelten. Das B. Ger. hat sich nicht darüber ausgesprochen, ob bei der Érbschaftssteuer der volle Wert ausländischer Liegenschaften in Abzug zu bringen sei, oder nur der Wert im Verhältnis zum Gesamtvermögen, wie bei Grundstücken, die in einem andern Kanton gelegen sind; es ist wohl letzteres anzunehmen. Die Frage, ob die Besteuerung dem schweiz. Kanton nur verboten sein soll, wenn die Liegenschaft im Ausland tatsächlich besteuert wird, hat das B. Ger. m. E. mit Recht bejaht, im Gegensatz zu interkantonalen Steuerkonflikten. B. Ger. vom 26. September 1903 i. S. Akt. Ges. « Sumatra » g. Solothurn, XXIX, 283; im gegebenen Fall wurde die auswärtige Besteuerung verneint, weil die Rekurrentin für ihre in Sumatra auf 75 Jahre von der Regierung gepachteten Ländereien nur einen jährlichen Pachtzins zu zahlen hatte. Der in diesen gepachteten Ländereien steckende Wert wurde gegenüber dem schweiz. Fiskus als Immobiliarvermögen bezeichnet. Vgl. B. Ger. III, 22, Erw. 4. Das Verbot der Besteuerung auswärtiger Liegenschaften sollte durch die tatsächliche Gegenseitigkeit bedingt sein.

Der Bund hat nach der Verfassung von 1874 im Gegensatz zu derjenigen von 1848 [3]) nicht nur die Kompetenz, ein Konfliktsgesetz über

---

[1]) B. Ger. vom 22. März 1875 i. S. Blumer, I, 45. Das im Ausland befindliche bewegliche Vermögen eines in der Schweiz wohnhaften Schweizerbürgers kann in der Schweiz besteuert werden; V, 2; XI, 412; IX, 135: Besteuerung des Mobiliarvermögens eines Schweizers fürs ganze Jahr bei einem Aufenthalte von 140 Tagen in der Schweiz. XIX, 668: Besteuerung des in der Schweiz befindlichen Warenlagers eines in Genua niedergelassenen Kaufmannes; XXII, 10: Besteuerung des beweglichen Vermögens eines Schweizers in der Schweiz ohne Rücksicht auf vorübergehenden Aufenthalt im Ausland. — Im gleichen Sinne wurde entschieden bezüglich einer im Auslande bezogenen Pension eines in der Schweiz niedergelassenen Ausländers, 11. Nov. 1876 i. S. Karsten, II, 385.

[2]) B. Ger. III, 21 (Fall Möli) und VIII, 276 (Fall Lehr). Die gleiche Entscheidung wurde schon in der Begründung des b. r. Entscheides i. S. Braun angedeutet. *Ullmer*, II, Nr. 1242. Vgl. B. Ger. II, 383; V, 2. Die auswärtigen Staaten beobachten übrigens nicht ausnahmslos diesen „allgemein anerkannten Grundsatz des Völkerrechts", wie ihn das B. Ger. nannte. Vgl. B. Bl. 1888, II, 767, Nr. 17; 1903, I, 554, lit. *d*.

[3]) Vgl. die von *Hafner* a. a. O., S. 1, angeführten früheren Entscheidungen; *Schreiber*, 210, 235 ff.

Doppelbesteuerung zu erlassen, d. h. ein Gesetz, das den Kantonen zunächst überliesse, die Grundsätze der Abgrenzung ihrer Steuerhoheiten aufzustellen, und nur mangels kantonaler Regelung zu gelten hätte. Demgemäss konnte auch das B. Ger. entscheiden, dass jeder Kanton nur gemäss den aus Art. 46, Abs. 2, B. V. abzuleitenden Rechtssätzen zur Besteuerung berechtigt sei, ohne Rücksicht darauf, ob das ihm entzogene Steuerobjekt von dem dazu berechtigten Kanton wirklich besteuert werde, oder, wie der Gerichtshof sich ausdrückte, dass es auch dann einzuschreiten kompetent sei, wenn eine Doppelbesteuerung nur *in thesi* (nicht in hypothesi) vorliege[1]. Ganz konsequent hat aber das Gericht nicht vom kantonalen Recht abstrahiert: Bald erklärte es schlechthin, Doppelbesteuerung liege vor, wenn der nach Bundesrecht nicht berechtigte Kanton besteure; B. Ger. vom 16. Juli 1881 i. S. Wanner, VII, 445, wo die Frage grundsätzlich erörtert ist; X, 16; XII, 19; XV, 39; XX, 13; XXIII, 3, 498; XXVII, 434; bald setzte es die Bedingung hinzu, dass der nach Bundesrecht zur Besteuerung berechtigte Kanton, wenn nicht tatsächlich erhebe, so doch nach seiner eigenen Gesetzgebung die Steuer erheben könne; so anscheinend B. Ger. vom 2. Juli 1889 i. S. Hauser, VI, 345; XI, 417; XVII, 22; und ausdrücklich im Urteil vom 26. Dez. 1894 i. S. Paravicini, XX, 723—724. Wenn mit dem B. Ger. anzunehmen ist, Art. 46, Abs. 2, wolle nicht nur vorkommende Konflikte schlichten, sondern auch die Konflikte durch zwingende Normen über die Grenzen der kantonalen Steuerhoheiten vermeiden, und zwar nicht nur im Interesse der Kantone selbst, sondern auch der einzelnen Besteuerten, so kommt man notwendig zum Schluss, dass das B. Ger. die einmal erkannten Normen ohne Rücksicht auf die kantonale Gesetzgebung anwenden muss.

Dass Art. 46, Abs. 2, ein *Individualrecht* jedes Bürgers begründet, nicht doppelt besteuert zu werden, ist im Falle Dür grundsätzlich anerkannt und seitdem festgehalten worden. B. Ger. I, 12, 48. Daraus ergibt sich, dass die Rechtsstellung des Steuerpflichtigen durch Abmachungen unter den interessierten Kantonen oder durch das im Rechtsstreit zwischen ihnen gefällte Urteil des B. Ger. nicht präjudiziert werden kann[2], wenn diese Rechtstitel auch für die vereinbarenden Kantone an sich verbindlich sind. Daraus, dass dieses Individualrecht ein bundesrechtliches ist, folgt, dass es nicht verloren geht, weil der zu Unrecht Besteuerte das Rekursrecht an die höhere kantonale Steuerbehörde verwirkt hat, z. B. wegen unterlassener Steuererklärung. B. Ger. 5. Sept. 1891 i. S. Lamazure, XVII, 349.

Es ist klar, dass Art. 46, Abs. 2, das Besteuerungsrecht der Kantone nur beschränkt, nicht aber im Umfang des Erlaubten zugleich postuliert oder positiv begründet. B. Ger. vom 29. Okt. 1880 i. S. Gemeinde Stalla, VI, 488: die B. V. gewährleistet nicht die Steuerberechtigung der Gemeinden gegenüber dem Kanton. Vgl. I, 51.

Die Kompetenz des Bundes ist endlich nicht auf die Verhinderung der doppelten Erhebung von direkten Steuern beschränkt; der ganz

---

[1]) *Speiser*, Referat im Juristenverein 1902, Zeitschrift 1902, XXI, 559.

[2]) Das hat das B. Ger. im Urteil vom 28. Sept. 1898 i. S. Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldstättersees, XXIV, 446 anerkannt; grundsätzlich anders aber XXIII, 3 und XXIV, 577 — 20. Febr. 1891 i. S. Aargau g. Bern, XVII, 23.

allgemein ausgesprochene Grundsatz des Art. 46, Abs. 2, ermächtigt den Bund ebensowohl, auf dem Gebiete der indirekten Abgaben einzuschreiten. Das B. Ger. hat sich bis jetzt nicht kompetent erklärt bei Luxussteuern, bei Gewerbebewilligungsgebühren, auch wo sie mehr als blosse Kanzleigebühren sind, und bei Stempelsteuern [1]).

3. Die Steuerkonflikte im allgemeinen [2]).

Steuerkonflikte zwischen den Gesetzgebungen verschiedener Kantone können entweder daraus entstehen, dass die Kantone bei gleichem Steuersystem die unter ihre Steuerhoheit fallenden Steuerobjekte widersprechend abgrenzen, oder daraus, dass sie verschiedene Steuersysteme besitzen. Die Lösung muss in beiden Fällen eine verschiedene sein.

a. Es ist zunächst der Fall ins Auge zu fassen, wo zwischen zwei *Kantonen mit gleichem Steuersystem* ein Steuerkonflikt entsteht, wo also die Anwendung einer und derselben Steuerart auf ein Steuerobjekt streitig ist. Handelt es sich um die *Vermögenssteuer,* so kann streitig sein, wo der im Kanton A domizilierte Steuerzahler sein im Kanton B gelegenes Vermögen zu versteuern hat. *Speiser* unterscheidet mit Recht zwischen Subjekts- und Objektssteuern, zwischen Steuern, welche die wirtschaftliche Gesamtkraft des Besteuerten zum Massstab nehmen, und solchen die einzelne Gegenstände seines Vermögens oder einzelne Tatbestände betreffen. Die Vermögenssteuer, wie wir sie hier voraussetzen, ist eine Subjektssteuer. Am folgerichtigsten erschiene es daher, wenn das Besteuerungsrecht ausschliesslich einem Kantone zugesprochen würde, nämlich demjenigen, mit welchem das Steuersubjekt am engsten verbunden ist, dem Wohnsitzkanton; das B. Ger. hat aber von jeher in Übereinstimmung mit der früheren Praxis angenommen, dass jeder Kanton seine Liegenschaften ausschliesslich zu besteuern berechtigt sei, und es ist nicht Aussicht vorhanden, dass der Gesetzgeber von diesem Grundsatz abgehen würde. Will man aber die *Vermögens*steuer unter den beiden Kantonen teilen, so kann es richtigerweise nur so geschehen, dass jeder einen Teil des Gesamtaktivüberschusses des Besteuerten besteuert; der Kanton, in dem die Liegenschaft gelegen ist, müsste sie also in die Gesamtmasse einwerfen und erhielte zur Besteuerung denjenigen Bruchteil des Gesamtaktivenüberschusses, der seiner Beteiligung an allen Aktiven entspricht. Wollte der Kanton der belegenen Sache den Wert, den die Liegenschaft für sich vorstellt, ohne Rücksicht auf die übrige Vermögenslage des Eigentümers besteuern, so beginge er gegenüber den auswärtigen Liegenschaftsbesitzern eine Rechtsungleichheit und u. U. eine Doppelbesteuerung. Denn er würde ihren Liegenschaftsbesitz nicht nach gleichen Grundsätzen in Rechnung stellen wie denjenigen der im Kanton niedergelassenen [3]). Das B. Ger. hat sich in seinem Urteil vom 26. Juni 1902 i. S. Riedtmann-Näf g. Zürich, XXVIII, 122 ff. gegen dieses Prinzip ausgesprochen und entschieden, der Kanton der belegenen Sache müsse den vollen Wert der Liegenschaft besteuern

[1]) *Speiser,* Referat 1902. Zeitschrift, a. a. O. 560.

[2]) *Speiser,* Das Verbot der Doppelbesteuerung; Zeitschrift, 1887, XVI, 1 ff. *Zürcher,* S. 18, 95, 112: ein durchgreifendes Entscheidungsprinzip für die verschiedenen Konflikte gibt *Zürcher* nicht.

[3]) *Speiser,* a. a. O. 13 ff.

können. — Die gerügte Ungleichheit gegenüber auswärtigen Grundeigentümern liegt nicht vor, wenn der Kanton der gelegenen Sache überhaupt die Liegenschaften mit einer besonderen Grundsteuer, einer Objektsteuer belegt, wie es in den Kantonen Bern, Freiburg, Appenzell A.-Rh., Waadt und Genf der Fall ist. Es ergibt sich aber, wenn der Eigentümer in einem Kanton mit anderem Steuersystem wohnt, ein Konflikt der zweiten Art (s. unten!).

Aus dem Gesagten ergibt sich auch die richtige Besteuerung der *pfandrechtlich belasteten Grundstücke* auswärtiger Eigentümer. Nach bundesgerichtlicher Praxis hat der grundversicherte Gläubiger seine Forderung wie eine bewegliche Sache an seinem Wohnsitz zu versteuern [1]). Der Schuldner aber hat nicht nur den schuldenfreien Wertteil seiner Liegenschaft mit einer zur Objektssteuer umgestalteten Vermögenssteuer zu versteuern, er kann auch zur Versteuerung des vollen Wertes der Liegenschaft angehalten werden, während die im Kanton wohnhaften Grundeigentümer berechtigt sind, die darauf liegenden Schulden abzuziehen [2]). Darin liegt eine verletzende Ungerechtigkeit [3]). Wenn grundsätzlich angenommen wird, derjenige Kanton sei zur Besteuerung des Mobiliarvermögens berechtigt, in welchem der Steuerpflichtige seinen Wohnsitz hat, so kann ohne Widerspruch nicht dem Kanton der belegenen Sache eine Kompensation dafür gewährt werden, dass er das übrige Vermögen des auswärts wohnenden Grundeigentümers nicht besteuern kann. Ein triftiger Grund, warum jeder Kanton beanspruchen kann, die in seinen Grenzen gelegenen Immobilien ausschliesslich zu besteuern, liegt in seinem Interesse an einer sichern, zum voraus berechenbaren fiskalischen Einnahme: er soll an seinen Liegenschaften ein unentziehbares Steuerkapital haben.

Diesem Zwecke widerspricht es nicht, wenn der Kanton der belegenen Sache die Liegenschaften auswärtiger Eigentümer nur so besteuern kann wie diejenigen der im Kanton wohnenden Eigentümer, wohl aber, wenn er nicht den vollen Wert der Liegenschaft besteuern kann, nämlich denjenigen nicht, der pfandrechtlich gebunden ist, weil der Pfandgläubiger auswärts wohnt. Die grundversicherte Forderung, gleichviel welcher Art, ist m. E. nur im Kanton des verpfändeten Grundstückes zu versteuern, wohne der Gläubiger im gleichen Kanton oder in einem andern; im übrigen aber sollte der auswärtige Eigentümer gleich behandelt werden wie der im Kanton domizilierte [4]). Es käme dann allerdings wesentlich auf das Gleiche heraus, wenn der Eigentümer

---

[1]) So entschied bereits die ältere Praxis, B. R. B. vom 28. Okt. 1864 i. S. Paris, und B. B. vom 18. Juli 1866 i. S. Tavel; *Hafner,* S. 2 ff. B. Ger. vom 16. Mai 1878 i. S. Bucher & Durrer, IV, 338; ferner V, 150; VI, 345; XI, 13. Daher darf der Kanton, in dem das Grundstück gelegen ist, auch nicht die Steuer von den grundversicherten Forderungen vom Grundeigentümer, als dem Vertreter des Gläubigers, erheben. B. Ger. vom 2. Juli 1880 i. S. Hauser, VI, 345.

[2]) B. Ger. vom 21. Januar 1876 i. S. Gröble, II, 13; vom 23. April 1881 i. S. Baumann, VII, 204; VII, 475; VIII, 41; XX, 265. Für die ältere Praxis vgl. *Ullmer,* I, Nr. 215.

[3]) Vgl. *Speiser*, Referat von 1902 a. a. O. S. 572 ff.

[4]) Die Entwürfe von 1862, B.-Bl. 1862, III, 535, Art. 2, und von 1885, Art. 8, schrieben beide die gleiche Behandlung in und ausserhalb des Kantons wohnender Grundeigentümer vor, aber ohne dem Kanton der belegenen Sache die im Text verlangte Garantie zu bieten. — Das Interesse am Grundstück ist z. T. auf den Gläubiger übergegangen, und wie er im Versicherungsrecht als mitversichert angesehen wird, so ist er hier als in der Forderung mit besteuert anzusehen. Vgl. *Schreiber*, 181. 185.

allein die ganze dem vollen Werte des Grundstücks entsprechende Steuer zu zahlen hätte. Ähnlich wie für die Vermögenssteuer ist für die in zwei Kantonen zugleich beanspruchte *Einkommenssteuer* zu entscheiden, wenn der Besteuerte in einem andern als dem von ihm bewohnten Kanton eine Liegenschaft besitzt: das Einkommen wie das Vermögen einer Person kann nur einheitlich, unter Einrechnung aller ihrer Einnahmen festgestellt werden. Wird der auswärtige Grundeigentümer für seine volle Einnahme aus einem Grundstück besteuert, während Grundeigentümer, die im Kanton wohnen nur ihr eigentliches (Gesamt-) Einkommen versteuern, so liegt dann dieselbe Ungleichheit vor, wie die oben gerügte [1]).

Nach gleichen Grundsätzen ist zu entscheiden, wie das Vermögen oder das Einkommen einer Person, die in einem Kanton wohnt und im anderen eine *Geschäftsniederlassung* hat, sei es eine Haupt- oder eine Zweigniederlassung, von jedem dieser Kantone zu besteuern ist, wenn man mit dem B. Ger. annimmt, dass beide Anspruch auf Besteuerung haben. Richtigerweise darf auch hier nur von einer teilweisen Besteuerung des Gesamtvermögens und Gesamteinkommens die Rede sein. Soll das Vermögen besteuert werden, so lässt sich das Betriebskapital einer Geschäftsniederlassung und u. U. auch einer Zweigniederlassung leicht feststellen, wenn die Handelsbücher richtig geführt werden; nur müssen bei der Berechnung des Geschäfts-Vermögens eines Steuerpflichtigen auch seine Privatschulden und bei der Berechnung des «Vermögens» einer Zweigniederlassung die das Gesamtgeschäft belastenden Passiven berücksichtigt werden. Das B. Ger. hat sich m. W. noch nicht darüber ausgesprochen, wie das Vermögen der Geschäftsniederlassung einer Einzelperson zu berechnen sei; nach den über die Besteuerung von Kollektiv- oder Kommanditgesellschaften getroffenen Entscheidungen, vgl. B. Ger. v. 9. Juli 1881 i. S. Bosshard, VII, 445, scheint es aber das Geschäftsvermögen als ein vom persönlichen Vermögen abgesondertes Ganzes betrachten zu wollen. Dagegen hat es, wie nicht anders zu erwarten war, bei der Besteuerung des «Vermögens» von Zweigniederlassungen diesen letzteren einen ihren versteuerbaren Aktiven entsprechenden Teil der Gesamtpassiven angerechnet. B. Ger. vom 21. März 1900 i. S. Industriegesellschaft für Schappe, XXVI, 26; vgl. XVI, 631, wo der K. Luzern ermächtigt wurde, die «dort befindlichen Betriebsmittel, Rohstoffe und Waren, kurz die körperlichen, zum Fabrikbetrieb gehörigen Gegenstände» zu besteuern, obschon die Vermögenssteuer in Frage war.

Das Einkommen wiederum soll nach dem B. Ger. für das besondere Hauptgeschäft oder das Zweiggeschäft besonders berechnet werden, entgegen dem dargelegten Entscheidungsprinzip, derart, dass das am Spezialsteuerdomizil verzeigte Einkommen am Hauptdomizil vom Gesamteinkommen abzuziehen ist. B. G. I, 29, 33, 36, 41; V, 147; VIII, 160; X, 441; XV, 33; XVIII, 437; XXIII, 7; 9. Juni 1897 i. S. Sarasin,

---

[1]) Das B. Ger. hat durch Urteil vom 3. Juni 1903 i. S. Rätzer, XXIX, 113, erkannt, das Einkommen aus einem Miethaus unterliege der Besteuerung desjenigen Kantons, wo das Haus gelegen ist, ohne sich ausdrücklich darüber auszusprechen, ob letztgenannter Kanton die vollen Mietzinseinnahmen mit der Einkommenssteuer belegen dürfe, ohne Rücksicht auf die übrige Vermögenslage des Besteuerten; da es aber die *ganze* Mietzinseinnahme der Besteuerung des Wohnsitzkantons entzieht, darf dies wohl als seine Meinung angenommen werden.

Stähelin & Cie. XXIII, 505; 25. März 1903 i. S. schweiz. Automatengesellschaft, XXIX, 8; XXVII, 434. Aus dem gleichen Grund wurde früher das Berufseinkommen ausnahmsweise am Orte der Ausübung des Berufes *für sich* besteuert: V, 417; XIV, 1; vgl. XXV, 194; XXVI, 412. Die Erweiterung des Begriffs der Geschäftsniederlassung im steuerrechtlichen Sinn soll später besprochen werden.

Umgekehrt aber wäre nach dem Grundsatz, wonach das gesamte Vermögen und das gesamte Einkommen eines Steuerpflichtigen ein Ganzes bildet, jeder Teil derselben, wo er sich auch befinde, nach derjenigen Kategorie der *progressiven Steuer* zu taxieren, in welche das ganze Vermögen fiele, wenn es im Kanton versteuert würde, wo der betr. Teil besteuert wird [1]).

Auf die *Erbschaftssteuer* ist das richtige Prinzip, wonach die Verlassenschaft ein Ganzes bildet, vom B. Ger. schon lange angewendet worden. B. Ger. vom 5. Dez. 1884 i. S. Dölli, X, 447; XX, 13; XXIX, 137.

b. Es können zur Besteuerung eines und desselben Steuerobjektes zwei Kantone mit *verschiedenartigen Steuern* konkurrieren; z. B. der Wohnsitzkanton erhebt eine Vermögenssteuer vom Aktivüberschuss des Steuerpflichtigen und der Kanton, in dem dieser eine Liegenschaft besitzt, erhebt eine als Objektsteuer ausgestaltete Grundsteuer; oder, im gleichen Fall, der Kanton, wo dieser Grundbesitzer wohnt, besteuert ihm das Einkommen aus der Liegenschaft mit der allgemeinen Einkommensteuer; oder der eine Kanton erhebt eine Einkommensteuer vom Steuerpflichtigen, ein anderer von seinem Agenten eine Gewerbetaxe wegen Ausübung des Gewerbes auf seinem Gebiete, oder eine Luxussteuer, wegen Haltens von Hunden, Pferden und Wagen oder Bediensteten, oder endlich indirekte Steuern. Eine Doppelbesteuerung liegt dann nicht vor, wenn der Steuerpflichtige die gleiche Spezialsteuer in seinem Wohnsitzkanton zu bezahlen hätte, falls die steuerbegründende Tatsache (Liegenschaftsbesitz, Gewerbebetrieb etc.) dort gegeben wäre; verhält es sich aber ebenso, wenn der Wohnsitzkanton diese Steuern nicht kennt? Rechnet man den Fall der Grundsteuer, die nach bundesgerichtlicher Praxis von auswärtigen Eigentümern ohnehin als Objektssteuer erhoben werden kann, und den Fall der gebräuchlichsten Gewerbesteuern, die fast überall bestehen, ab, so verliert die Frage wesentlich an praktischer Bedeutung, weil, von jenen Fällen abgesehen, die Steuersysteme der Kantone in ihren Grundzügen übereinstimmen. Eine grundsätzliche Untersuchung ist aber von Wert, nicht nur, um sich über die Berechtigung der bundesgerichtlichen Praxis Rechenschaft zu geben, sondern auch, um andere Konflikte, die schon vorgekommen sind und zweifellos in noch grösserer Zahl vorkommen werden, zu beurteilen. Grundsätzlich ist nun die Frage dahin zu beantworten: es liegt in der Tat in solchen Fällen eine materielle Doppelbesteuerung vor, wenn auch das Steuerobjekt nicht dasselbe ist. Denn wenn der Kanton A einen wesentlichen Teil seiner Ausgaben durch Luxussteuern und Gewerbetaxen zu decken sucht, seine Vermögens- und Einkommensteuer aber entsprechend herabsetzt, der Kanton B aber umgekehrt verfährt und von Luxussteuern ganz absieht, so trägt offenbar derjenige unverhältnismässig an die Staatsausgaben beider Kantone bei, der im Kanton B wohnt und Einkommen und Ver-

[1]) *Speiser*, a. a. O., S. 21.

mögen versteuert, im Kanton A aber Pferd und Wagen hält oder ein Gewerbe betreibt, gleich wie er zu wenig beiträgt, wenn er im umgekehrten Verhältnis zu den Kantonen A und B steht[1]. Es kann in solchen Fällen nicht dadurch geholfen werden, dass das Steuerobjekt gewissermassen zur Besteuerung verteilt wird unter die konkurrierenden Kantone, weil kein gemeinsames Steuerobjekt vorhanden ist. Es kann auch nicht den divergierenden Kantonen ein übereinstimmendes Steuersystem von Bundes wegen anbefohlen werden. So bleibt nichts übrig, als dass sich die vermittelnde Bundesinstanz auf den Boden eines der kollidierenden kantonalen Rechte stellt und das Steuerrecht des andern grundsätzlich nach jenem abmisst; eines der beiden Rechte muss somit dem anderen vorgehen, und zwar wird es am ehesten dasjenige des Wohnsitzes sein[2]. Wenn z. B. ein Steuerpflichtiger im Kanton Waadt domiziliert ist, im Kanton Genf aber Pferd und Wagen hält, so würde die Zulässigkeit der Genfer Luxussteuer grundsätzlich nach waadtländischem Recht zu beurteilen, und zwar in dem Masse zu gestatten sein, als der Eigentümer Steuern zu zahlen hätte, wenn seine ganze Tätigkeit nach waadtländischem Recht zu beurteilen wäre. Das Interesse der Kantone erheischt allerdings einen solchen Ausgleich nicht, weil sich die günstigen und ungünstigen Kollisionsfälle ungefähr ausgleichen, wohl aber das Interesse des einzelnen Steuerpflichtigen.

So ist auch die Kollision zwischen Vermögenssteuer des Wohnsitzkantons und Grund(objekt)steuer des Kantons der Liegenschaft richtigerweise dahin zu entscheiden, dass der letztere nur diejenige Wertquote des Grundstückes zur Besteuerung erhält, welche nach Massgabe des Rechtes des Wohnsitzkantons zu besteuern wäre, also der dem Wert des Grundstückes entsprechende Anteil am Gesamtaktivüberschuss.

Gegen eine solch grundsätzlich richtige Lösung sprechen allerdings, besonders in geringfügigen Fällen, manche praktische Bedenken. Das B. Ger. entzieht sich aber der Aufgabe, überhaupt eine Lösung zu finden, wenn es erklärt, Luxussteuern seien keine Steuern oder blosse Polizeisteuern. B. Ger. XIII, 257; XXVII, 159 (Automobilsteuer); grundsätzlich eben so unrichtig ist es, wenn die Wirtschaftspatenttaxe nicht als Steuer im Sinne von Art. 46, Abs. 2, B. V., anerkannt wird: *Ullmer,* II, Nr. 691; B. Ger. XXIV, 191[3]. Eine billige, wenn nicht prinzipielle Lösung enthält dagegen die Entscheidung vom 22. März 1884 i. S. Rupprecht & Cie., X, 15, welche die Erhebung einer Patentgebühr von Fr. 30 für die blosse Erledigung von Speditionsgeschäften auf dem Kantonsgebiet als unzulässig erklärte, weil der Geschäftsinhaber dort keine Zweigniederlassung besitze und (was weniger richtig ist) die Patentgebühr in Wirklichkeit eine Einkommens- und Erwerbssteuer sei. Desgleichen die Auffassung der Genfer taxe municipale und der Walliser Gewerbesteuer als wirkliche Steuern, und die Entscheidung, dass sie mit der im Wohnsitzkanton bezahlten Einkommensteuer im konkreten Falle unvereinbar seien, sofern der Besteuerte im Kant. Genf oder Wallis kein Steuerdomizil habe. B. Ger. v. 14. Dez. 1898 i. S. «La Winterthour», XXIV, 615; vgl. ibid., 606 und 607; 29. Juni 1899 i. S. Internationale Schlafwagengesellschaft c. Wallis,

---

[1] Ebenso *Borel,* Referat im Juristenverein 1902, Zeitschr. f. schweiz. Recht, XXI, 653.
[2] Vgl. das Votum *Christ,* Zeitschr. für schweiz. Recht, XXI, 675.
[3] *Van Muyden,* 52. *Borel,* a. a. O., 656.

XXV, 199; 12. Juli 1900 i. S. Esseiva c. Valais, XXVI, 281 [1]). Die Entscheidungen entbehren aber der grundsätzlichen Begründung; denn wenn ein im Kanton Wallis Niedergelassener, der nur für den dortigen Gewerbebetrieb mit der Industrietaxe besteuert wird, noch in einem anderen Kanton sein Gewerbe betreibt und dafür auch eine Gewerbesteuer zu zahlen hat, so liegt gewiss keine Doppelbesteuerung vor, auch wenn er im zweiten Kanton kein Steuerdomizil hat; warum sollte im umgekehrten Falle der Kanton Wallis nicht auch seine, allerdings höhere, Gewerbesteuer erheben können? Ist ja auch die gleichzeitige Erhebung von Hausiertaxen in allen Kantonen, wo hausiert wird, keine Doppelbesteuerung, obschon die Hausierpatentgebühr eine Steuer ist, sofern nur in und ausserhalb des Kantons domizilierte Hausierer gleich behandelt werden.

c. Und endlich darf nicht übergangen werden, dass auch *bei gleichem Steuersystem* eine materielle Doppelbesteuerung möglich ist, wenn die verschiedenen Steuern unter sich in beiden Kantonen nicht im gleichen Verhältnis stehen. Wenn jemand im Kanton A niedergelassen ist, wo der Staat $^1/_4$ seiner Ausgaben aus der Einkommensteuer und $^1/_8$ aus der Besteuerung von Grund und Boden deckt, und im Kanton B, wo das Verhältnis umgekehrt ist, Immobiliarvermögen besitzt, so ist er tatsächlich zu viel belastet. Grundsätzlich wäre auch hier das Steuerverhältnis des einen Kantons massgebend zu erklären, und die im andern Kanton erhobene Steuer in das gleiche Verhältnis zu den übrigen Steuern desselben Kantons zu setzen. Eine solche Ausgleichung der Steuern würde sich aber nur mit grosser Schwierigkeit durchführen lassen; die Ungleichheit ist daher, praktisch gesprochen, als eine der Vielheit kantonaler Steuerhoheiten inhärente zu betrachten.

4. Die bundesgerichtliche Praxis im Einzelnen [2]).

a. Definition. Das B. Ger. hat folgende Definition der Doppelbesteuerung gegeben: die gleichzeitige Besteuerung des gleichen Subjekts und des gleichen Objekts durch zwei Kantone mit der gleichen Steuer. B. Ger. vom 18. Juni 1880 d. C. u. C. Jocchi, VI, 177; VII, 475. Die bundesrätliche Botschaft von 1885, *Hafner* (Zeitschr. f. schweiz. Gesetzgebung, IV, 1), *Blumer-Morel*, I, 408—409, *Schreiber*, 211, 251, und *Speiser* (Zeitschrift, VI, 2, 34, 37) haben die Doppelbesteuerung lediglich als die gleichzeitige Besteuerung des gleichen Steuerobjektes durch zwei Kantone definiert, allerdings in verschiedener Meinung; der B. R. fand es ungerecht, das gleiche Objekt zweimal zu besteuern, wenn es zwei juristisch verschiedenen Personen gehört bei identischen Interessenten, z. B. Kollektivgesellschaft und Gesellschafter, oder wenn das volle Eigentümerinteresse unter zwei Personen verteilt ist, z. B. Eigentümer und Niessbraucher; ähnlich die erstgenannten Schriftsteller. *Speiser* bezweckte mit seiner Definition nicht sowohl eine Erweiterung als eine schärfere Fassung des Begriffes der Doppelbesteuerung. Die Klarheit

---

[1]) Vgl. auch über Kollision von Einkommen- und Vermögenssteuer bei Besteuerung von Nutzniessungsgut die etwas gewundene Entscheidung des B. Ger. vom 25. Mai 1904 i. S. Merian und Kt. Bern geg. Baselstadt, XXX, 285.

[2]) Vgl. *Brodtbeck*, Unser Bundesrecht in Doppelbesteuerungssachen, Bern 1899.

[3]) Ebenso, ohne jedoch das Steuerobjekt genau zu definieren: *Schreiber*, 211, 251.

verlangt in der Tat, dass vom Begriff des Steuerobjektes, wie ihn *Speiser* aufstellt, ausgegangen werde, wonach Steuerobjekt der Faktor, der Gesichtspunkt ist, von welchem aus ein Steuersubjekt zu einer bestimmten Steuer herangezogen wird. Dagegen verlangt der dem Art. 46, Abs. 2, B. V. zu Grunde liegende Billigkeitsgedanke nicht nur, dass das nämliche Objekt in diesem Sinne nicht zweimal besteuert werde, sondern u. U. auch, dass bei Besteuerung verschiedener Objekte, oder m. a. W., bei verschieden*artigen* Steuern eingeschritten werde, wie unter Ziffer 3 gezeigt wurde. Nach der Definition von *Speiser* wäre es dem Kanton Waadt gestattet, das Grundstück eines Baslers nach seinem vollen Wert mit der Grund(objekt)steuer zu belasten, während der Kanton Baselland das Grundstück eines Baselstädters nur unter Einrechnung seiner Gesamtaktiven und -passiven zur Vermögenssteuer heranziehen könnte.

Eine Doppelbesteuerung liegt m. E. grundsätzlich überall dann vor, wo jemand infolge seiner Unterstellung unter verschiedene kantonale Steuerhoheiten mehr Steuern bezahlt, als wenn er nur einer derselben, und zwar der als massgebend zu betrachtenden, unterstellt wäre. Es muss aber im einzelnen Falle erwogen werden, ob dieser an sich richtige Grundsatz durchführbar sei.

In der Regel ist der Kanton des Wohnsitzes des Steuerpflichtigen zur Besteuerung berechtigt.

b. Das Steuerdomizil. *α. Im allgemeinen.* Der Begriff des Steuerdomizils ist nicht durchweg derselbe wie der zivilrechtliche; es bestehen nach bundesgerichtlicher Praxis Unterschiede in bezug auf den Begriff des Domizils selbst, seine Begründung und seinen Wechsel, sodann in bezug auf die Einheit des Steuerdomizils.

Während das Gesetz betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter den Wohnsitz als den Ort bezeichnet, wo jemand mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, wohnt, verlangt das B. Ger. zur Begründung des Steuerdomizils eine weniger dauerhafte Verbindung der Person mit dem Ort; es definiert das Steuerdomizil als den Ort, wo jemand faktisch wohnt, sofern nur sein Aufenthalt nicht ein bloss vorübergehender oder zufälliger ist. B. Ger. vom 17. Juli 1879 i. S. Karrer, V, 291. Deshalb wurde entschieden, der Aufenthalt während der Sommermonate mit der Familie begründe ein Steuerdomizil[1]); ebenso wurde entschieden bezüglich eines einjährigen Aufenthaltes z. Zw. der Einrichtung eines Geschäftes ohne Verlegung des Haushaltes und der Familie, B. Ger. vom 5. Sept. 1891 i. S. Lamazure, XVII, 349; während ein einmonatlicher Aufenthalt wegen zufälliger Erkrankung nicht genügt, B. Ger. vom 26. Dez. 1894 i. S. Paravicini, XX, 731. Das B. Ger. hatte auch nach gleichem Grundsatz entschieden, dass der Aufenthalt eines Instruktionsoffiziers während 177 Tagen des Jahres an seinem Waffenplatz seine Steuerpflicht begründe, B. Ger. vom 13. Januar 1888 i. S. Cramer, XIV, 3; es entschied aber in einem spätern Fall zu gunsten des Kantons, wo der Instruktionsoffizier seinen zivilrechtlichen Wohnsitz hatte (Haushalt und Familie); B. Ger. vom 5. Okt. 1900 i. S. Steinbuch, XXVI, 412. Ebenso wurde entschieden, dass der Aufenthalt eines *Studierenden* während der Schulzeit nur ein vorübergehender sei und daher kein Steuerdomizil begründe; in einem früheren Urteil wurde im

[1]) B. Ger. vom 20. Mai 1882 i. S. de Meuron, VIII, 167; XII, 19; XX, 8. Vgl. *Hafner*, S. 33.

Falle eines Studenten, der sich seit mehreren Jahren ständig am Studienorte aufgehalten hatte, anders entschieden; B. Ger. vom 21. Nov. 1894 i. S. Wegelin, XX, 716. Die grundsätzlich massgebenden Entscheide sind vom 12. Febr. 1896 i. S. Leuzinger, XXII, 6, und vom 29. Okt. 1896 i. S. Boivin, XXII, 932, betr. die Erheblichkeit der Niederlassungsnahme und der Eintragung ins Stimmregister. Der b. r. Entwurf von 1885 (Art. 3) definierte ebenfalls Steuerwohnsitz und zivilrechtlichen Wohnsitz verschieden; während der Entwurf der kantonalen Finanzdirektionen vom März 1901 beide in ihren Voraussetzungen identifizierte. Es kann sich fragen, ob nicht das B. Ger. den früher aufgestellten Begriff des Steuerdomizils im Gegensatz zum zivilrechtlichen Wohnsitz aufgegeben hat[1]. M. E. wäre dies richtiger; nicht nur weil die abweichende Begriffsbestimmung Verwirrung stiftet und der steuerrechtliche Wohnsitz nach sehr dehnbaren Merkmalen bestimmt wird, sondern auch weil die Beständigkeit des Steuerdomizils im Interesse der freien Bewegung der Besteuerten ist[2].

In allen Fällen, wo eine solche Divergenz zwischen tatsächlichem Aufenthalt und zivilrechtlichem Domizil nicht vorliegt, wendet das B. Ger. übrigens letztern Begriff an, und es entstehen dabei im einzelnen Falle die gleichen Schwierigkeiten wie im Zivilrecht; B. Ger. XII, 425; XIII, 110; 15. Mai 1889 i. S. Appenzell A.-Rh., XVII, 212: mehrjähriger Aufenthalt in einer Kur- und Erholungsanstalt, aber nicht zur Heilung, begründet ein Steuerdomizil trotz Beibehaltens eines eingerichteten leerstehenden Hauses, durch Vermögensverwalter verwaltet, in einem andern Kanton; XXIII, 56: Handelsreisender, angestellt in Chur, Absteigequartier in Zürich, wo er im Jahr durchschnittlich 20 Tage zubringt, Familie in Thurgau; sein Steuerdomizil ist im Thurgau. — *Hafner,* 29 ff. Bei der Erbschaftssteuer scheint überhaupt das letzte Domizil des Erblassers im zivilrechtlichen Sinne massgebend zu sein; B. Ger. 14. Mai 1887 i. S. hoirs Eynard, XIII, 110; besonders: Urteil vom 17. Januar 1901 i. S. Baselstadt gegen Bern, XXVII, 41. Das B. Ger. macht sich hier einer petitio principii schuldig, wenn es die Anwendbarkeit des Domizilbegriffes des B. Ges. vom 25. Juni 1891 damit beweist, dass die Erbschaftssteuer von zivilrechtlichen Bestimmungen abhängig sei.

Bei der Bestimmung des steuerrechtlichen Domizils ist es an sich unerheblich, wo der Steuerpflichtige im *Stimmregister* eingetragen sei und seine politischen Rechte ausübe, und ob er im Besitze einer *Niederlassungsbewilligung* sei. Das politische Domizil soll allerdings richtigerweise mit dem zivilrechtlichen und daher obiger Ansicht gemäss auch mit dem steuerrechtlichen übereinstimmen; jedes ist aber für sich zu bestimmen; XIII, 110; XXIII, 1356: Steuerdomizil trotz Nichteintragung auf dem Stimmregister; die Eintragung ins Stimmregister wurde mitberücksichtigt in zwei Entscheidungen über das Steuerdomizil Studierender: XX, 716, und XXII, 6; in einer dritten Entscheidung: XXII, 932, dagegen wurde als Steuerdomizil der gewöhnliche Wohnort bezeichnet trotz Eintrag im Stimmregister des Studienortes. Noch weniger ist die Niederlassung für das Steuerdomizil präjudizierlich, da die Niederlas-

[1] Vgl. auch die neue Rechtsprechung betr. Steuerdomizil der Bevormundeten: XXVII, 41.

[2] *Speiser,* Zeitschr. für schweiz. Recht, XVII, 72; XXI, 565, 570, 588

sungsnahme an mehreren Orten zugleich stattfinden kann und die Regelung des Instituts nach Kantonen verschieden ist. Selbstverständlich ist, dass die Niederlassungsnahme dann nicht entscheidend ist für das Steuerdomizil, wenn sie zur Ausübung eines Gewerbes oder zur Erlangung einer Bewilligung kantonalrechtlich vorgeschrieben ist (uneigentliche Niederlassung): B. Ger. vom 25. Okt. 1898 i. S. Frey, XXIV, 579; 22. Dez. 1898 i. S. Internat. Schlafwagengesellschaft, XXIV, 621; 18. Juli 1898 i. S. Galeazzi, XXIV, 443. Anders B. R. B. vom 5. Mai 1870 i. S. Blumer, Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung, IV, 36; B. Ger. vom 3. Juni 1892 i. S. Helvetia, XVIII, 20; *Schreiber*, 255: Verzeigung eines Rechtsdomizils nach Art. 2, Ziffer 4, des B. Ges. vom 25. Juni 1885 betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens. Vgl. Kreisschreiben des B. R. vom 26. Januar 1887 (B. Bl. 1887, I, 193). Darum ist es auch unrichtig, den interkantonalen Steuerwohnsitz durch die von einem Kanton aufgestellte gesetzliche Pflicht für einen Beamten, am Dienstorte Wohnsitz zu nehmen, bedingt sein zu lassen: B. Ger. vom 28. Nov. 1879 i. S. Hurtault, V, 420, vgl. XXVI, 413; vgl. B. R. B. vom 9. März 1868 i. S. Dor, Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung, IV, 31.

Umgekehrt beweist der Umstand, dass für den Geschäftsbetrieb keine Niederlassung gefordert noch verlangt wurde, nicht, dass kein Steuerdomizil gegeben sei: XVIII, 437; V, 414. Aber auch der Umstand, dass gemäss Niederlassungsrecht die Niederlassungsbewilligung nachgesucht und die Ausweisschriften deponiert wurden oder nicht, ist nicht entscheidend: 20. Febr. 1891 i. S. Aargau, XVII, 20: das Datum des Einlegens des Heimatscheines ist für den Beginn der Steuerpflicht nicht massgebend; XVII, 212: Begründung des Steuerdomizils trotz Nichteinlegung der Ausweisschriften, vgl. XX, 721; selbstverständlich ist dies, wenn der Steuerpflichtige zur Niederlassungsnahme verpflichtet war: VIII, 167. In zwei der Entsch. betr. Steuerdomizil der Studierenden wurde die Niederlassungsnahme scheinbar berücksichtigt: XX, 716; XXII, 6; in der dritten das Steuerdomizil trotz Schriftenabgabe verneint: XXII, 932 [1]).

Wechselt der Steuerpflichtige während der Steuerperiode seinen *Wohnsitz*, so hat er die Steuer am alten und am neuen Wohnsitz nur im Verhältnis der an jedem Ort verbrachten Zeit zu zahlen; B. Ger. vom 5. Febr. 1875 i. S. Becker, I, 12; 9. März 1877 i. S. Ethénoz, III, 10; VIII, 703 (Kopfsteuer); 4. März 1897 i. S. Kaufmann, XXIII, 10, wo der Rekurrent, der am 8. Januar seinen Wohnsitz gewechselt hatte, verpflichtet wurde, am alten Wohnsitz nur $^{7}/_{366}$ der Jahressteuer zu bezahlen; XXIV, 587; *Hafner*, S. 28 ff.; *Zürcher*, 80 ff.

β. Steuerdomizil der Bevormundeten. In einer Reihe älterer Fälle hatte der B. R. entschieden, dass Bevormundete nicht am Orte, wo die Vormundschaft geführt und von wo aus ihr Vermögen verwaltet wird (Heimatkanton), zu besteuern seien, sondern am Orte, wo sie niedergelassen sind. B. R. B. vom 9. Febr. 1863 i. S. Abt, *Ullmer*, II, Nr. 696; 4. Mai 1864 i. S. Benziger, *Hafner*, S. 28; 31. Dez. 1864 i. S. Weber, *Schreiber*, S. 229. Das B. Ger. entschied in einem ersten Falle die Frage, wo die Erbschaftssteuer von einem Vermögen zu bezahlen sei, dessen Eigen-

[1]) Vgl. *Zürcher*, S. 75—76. Zutreffend *Schreiber*, 214—215, 219, 244 f., 253 f.

tümer tatsächlich in *einem* Kanton wohnte, seinen rechtlichen Wohnsitz aber am Wohnsitz seines Kurators in einem *andern* Kanton hatte, zu gunsten dieses letzteren Kantons; B. Ger. vom 24. März 1876 i. S. Regierung des Kts. Bern, II, 18. In einem zweiten Fall, allerdings internationaler Doppelbesteuerung, erklärte das B. Ger., das Steuerdomizil eines Geisteskranken sei am Wohnsitz seines Vormundes und nicht am Orte, wo er in einer Irrenanstalt untergebracht ist; B. Ger. v. 31. März 1877 i. S. Möli, III, 21. In einer langen Reihe von späteren Entscheidungen folgte das B. Ger. dem Grundsatz, dass Bevormundete der Besteuerung da unterliegen, wo sie ihren Wohnsitz haben, und nicht da, wo die vormundschaftliche Verwaltung geführt wird; B. Ger. vom 13. Okt. 1877 i. S. Regierung des Kts. Thurgau, III, 610; V, 414; IX, 16: nicht am Orte, wo die Kapitalien angelegt sind. Vgl. XI, 19; X, 452; XII, 14; XIV, 9. Die Meinung war offenbar, dass der tatsächliche, und wie aus der Entscheidung X, 452, hervorzugehen scheint, mit Zustimmung des Vormundes gewählte Wohnort des Mündels, und nicht das zivilrechtliche Domizil die Steuerpflicht bedinge; der Aufenthalt in einer Irrenanstalt zum Zwecke der Heilung (und wohl auch der Pflege) begründe dagegen kein selbständiges Steuerdomizil; B. Ger. vom 17. Febr. 1888 i. S. Hagenbach, XIV, 9; XVII, 20; im Gegensatz zum Aufenthalt in einer blossen Kur- und Erholungsanstalt: 15. Mai 1891 i. S. Appenzell A-Rh. geg. Glarus, XVII, 212, oder bei Verwandten: 13. März 1895 i. S. St. Gallen geg. Thurgau, XXI, 4; *Speiser,* a. a. O., S. 73. In einer neuesten Entscheidung endlich, vom 17. Januar 1901 i. S. Baselstadt gegen Bern, XXVII, 41, entschied das B. Ger. grundsätzlich, dass entgegen der bisherigen Rechtsprechung der Wohnsitzbegriff des Gesetzes vom 25. Juni 1891 betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter auch im interkantonalen Steuerrecht massgebend sei. Nach Art. 3, Abs. 4, dieses Gesetzes gilt als Wohnsitz der unter Vormundschaft stehenden Personen der Sitz der Vormundschaftsbehörde[1]); die Vormundschaft soll aber allerdings nach Art. 10 wiederum da geführt werden, wo die Person, welche unter Vormundschaft zu stellen ist oder über welche eine Vormundschaft bereits bestellt ist, ihren Wohnsitz hat, d. h. mit Zustimmung des Vormundes tatsächlich wohnt; B. Ger. vom 21. März 1895 i. S. Einwohnergemeinde Worben, XXI, 27; XXIII, 74; im Gegensatz zu den in elterlicher Gewalt stehenden Kindern, deren Wohnsitz stets am Wohnsitz des Inhabers der elterlichen Gewalt ist (Art. 4, Abs. 2, und Art. 9 des gen. Gesetzes); B. Ger. vom 11. März 1897 i. S. Baselstadt, XXIII, 75; XXIV, 274, 292; XXVIII, 171. Bei dieser Regelung ist unklar, wie eine Vormundschaftsbehörde daran verhindert werden kann, sich einer lästigen Vormundschaft zu Lasten eines andern Kantons zu entledigen: sie braucht nur den Mündel ausserhalb ihres Kantons zu bleibendem Aufenthalt zu schicken.

γ. Einheit des Steuerdomizils. Der Steuerpflichtige hat grundsätzlich nur ein *Steuerdomizil,* werde dieses nun gleich wie das zivilrechtliche bestimmt oder anders[2]); neben dem allgemeinen Steuerdomizil

---

[1]) Es ist daher gleichgültig für die Bestimmung des Steuerdomizils, ob der Bevormundete in einer Erziehungs, Pflege-, Versorgungs-, Heil- oder Strafanstalt untergebracht sei oder nicht.

[2]) Vgl. die Entscheidungen auf S. 458 u. 459. *Zürcher,* S. 67. *Schreiber,* 216 ff. *Feigenwinter,* Darstellung und Kritik der bundesrechtlichen Praxis in Konkursfällen, 1879, S. 41 ff.

des persönlichen Wohnsitzes kann er aber ein oder mehrere Spezialsteuerdomizile haben. Zunächst am Orte, wo der Steuerpflichtige ein eigenes Gewerbe oder ein Geschäft auf eigene Rechnung betreibt, und zwar soll an diesem *Geschäftsdomizil* das im Geschäft verwendete Betriebskapital und das aus dem Geschäft erzielte Einkommen versteuert werden; B. Ger. vom 19. Juni 1875 i. S. Kt. Thurgau, I, 33, wo der Tatbestand nicht ganz klar ist. Anfechtbar wegen der Abweichung von diesem allein sichern Begriff des Geschäftsdomizils ist die Entscheidung vom 6. Nov. 1875 i. S. Crouzol und Buracco, I, 41, wo angenommen wurde, Eisenbahnbauten begründen, weil sie in Verbindung stehen mit Liegenschaften, in jedem Kanton, auf welchen sie sich erstrecken, ein Geschäftsdomizil des Unternehmers. Weitere, aber unbestimmte Definition bei *Zürcher,* 85 ff. Es ist dies das zivilrechtliche Geschäftsdomizil, der Ort, wo die dem Zwecke des Geschäftes entsprechenden Rechtsgeschäfte abgeschlossen werden und wo der Geschäftsinhaber seinen Gerichtsstand hat für persönliche Forderungen aus dem Geschäft, wo er im Handelsregister eingetragen sein wird, wenn er überhaupt dazu verpflichtet ist. Ein besonderes Geschäfts- und Steuerdomizil wurde angenommen für ein Advokats- und Notariatsbureau; B. Ger. vom 7. März 1894 i. S. Christ, XX, 4 f.; während das vorübergehende Verweilen an einem Orte zur Ausführung von Berufsarbeiten kein Geschäftsdomizil begründet; B. Ger. vom 10. Juli 1886 i. S. Camenzind, XII, 425. Ebensowenig die blosse Anstellung im Geschäfte eines andern [1]).

Diesem Grundsatz entspricht es auch, dass die geschäfttreibenden Personenverbände ihr Betriebskapital und ihren Geschäftsgewinn an ihrem Sitze versteuern und nicht am persönlichen Wohnsitz der Gesellschafter.

Der Anteil eines *Kollektivgesellschafters* ist als Gesellschaftsvermögen am Sitz der Gesellschaft zu versteuern und nicht am Wohnsitz des Gesellschafters; B. Ger. vom 2. Febr. 1877 i. S. Hunziker, III, 6; II, 185; XIV, 400. Ebenso verhält es sich mit der *Kommandite.* Entgegen einer früheren Entscheidung des B. R. vom 5. März 1866 i. S. Martin, *Hafner,* S. 2, wandte das B. Ger. diesen Grundsatz an im Urteil vom 13. Sept. 1888 i. S. Bebie, XIV, 400; XIX, 4: wo ausgesprochen ist, dass es nicht bundesrechtswidrig sei, am Sitze der Gesellschaft den Kommanditär und nicht die Gesellschaft zu belangen, während das blosse Darlehen oder die stille Beteiligung als Forderung des Darleihers oder stillen Gesellschafters zu besteuern ist; B. Ger. vom 20. Dez. 1893 i. S. Künzli, XIX, 671 (die Frage, ob Kommandite oder Darlehen, entscheidet sich an Hand der handelsregisterlichen Eintragung). M. E. könnte ein Kanton ohne Verletzung des Art. 46, Abs. 2, B. V., die Kommandite des Teilhabers einer auswärtigen Gesellschaft besteuern, auch wenn die Kommandite schon am Sitz der Gesellschaft als Teil des Gesellschaftsvermögens besteuert wäre, vorausgesetzt, dass jener Kanton gegenüber Kommanditgesellschaften im eigenen Gebiet gleich verfahren würde; ob letzteres

[1]) B. R. B. vom 29. April 1868 i. S. Epitaux; vom 18. Mai 1878 i. S. Merian, Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung, IV, 22—23; B. Ger. vom 9. Juli 1881 i. S. Bosshard, VII, 442; XXIII, 1343 (Geschäftsführer in einer Fabrik); XXV, 194; vgl. den Fall Hurtault, V, 420, wo entschieden wurde, ein Staatsangestellter habe sein Gehaltseinkommen am Orte seines Amtes, wo er gesetzlichen Wohnsitz habe, zu versteuern; ähnlich im Falle Dor, B. R. B. vom 9. März 1868; *Hafner,* S. 22, und XXVI, 412.

zulässig sei, beurteilt sich nach Art. 4 B. V., und zwar kommt dabei nicht in Betracht, dass die Handelsgesellschaft zivilrechtlich eine juristische Person ist, wohl aber dass eine Vereinigung von Personen und Kapitalien wirtschaftlich kräftiger ist, als die einzelnen Teilhaber zusammengerechnet. In gleicher Weise ist die Frage zu beurteilen, ob es zulässig sei, in einem Kanton das Aktienkapital oder das «Vermögen» der *Aktiengesellschaft* und ihren Geschäftsgewinn zu besteuern, im andern die Aktie des Aktionärs und seine Dividende. Ist diese zweifache Besteuerung die Folge des Umstandes, dass der Kanton, in dem die Aktionäre wohnen, nach seiner Gesetzgebung zufällig diese besteuert und der Kanton, in dem die Gesellschaft ihren Sitz hat, die Gesellschaft, keiner aber beide zugleich, so entsteht eine materielle Doppelbesteuerung der zweiten unter Ziffer 3 hervorgehobenen Art, durch die Kollision verschiedenartiger Steuern, der zum Vorteil des Besteuerten auch ein negativer sein kann: z. B. im Kanton Waadt, der das Aktienkapital bis zum Nominalbetrag nur als Vermögen der Aktionäre besteuert; hat eine Aktiengesellschaft, deren Aktivvermögen den Nominalbetrag des Aktienkapitals nicht übersteigt, ihren Sitz im Kanton Waadt und wohnen die Aktionäre in einem Kanton mit dem umgekehrten System[1]), so werden weder die einen noch die andern besteuert. Werden zugleich Aktiengesellschaft und Aktionäre infolge solcher Gesetzeskollision besteuert, so liegt nach bundesgerichtlicher Praxis keine unzulässige Doppelbesteuerung vor; der dafür angeführte Grund, dass nicht dasselbe Subjekt zugleich besteuert werde, ist allerdings unzutreffend; B. Ger. vom 19. Febr. 1875 i. S. Regina montium, I, 17, vgl. 25; 23. Mai 1879 i. S. Böppli, V, 153, mit der Begründung, dass das B. Ger. nicht über die frühere Praxis hinausgehen könne; 28. Okt. 1881 i. S. Schmid und Fierz, VII, 640; X, 178; vgl. 13. Sept. 1888 i. S. Bebie, XIV, 400: Vergleich mit der Kommanditgesellschaft. Ältere Entscheidungen: B. R. B. vom 13. Nov. 1868 i. S. S. C. B. *Hafner,* S. 14; 5. Juni 1874 i. S. Meyer; vgl. *van Muyden,* a. a. O., S. 73 f. Noch weniger kann eine Doppelbesteuerung darin liegen, dass ein Kanton nach seinem Gesetz zugleich Aktiengesellschaft und Aktionäre besteuert und dieses Gesetz nun auf Aktionäre einer Gesellschaft anwendet, die ihren Sitz nicht im Kanton hat oder umgekehrt; es kann sich bloss fragen, ob ein solches Gesetz vor dem Grundsatz der Rechtsgleichheit bestehen kann[2]). Umgekehrt aber verstösst es gegen eben diesen Grundsatz, wenn auswärtige Aktiengesellschaften anders behandelt werden, als im Kanton domizilierte. B. Ger. vom 30. Sept. 1903 i. S. Bank in Schaffhausen, XXIX, 293, und 20. Nov. 1903 i. S. Akt.-Ges. «Motor», XXIX, 495: Abzug des Wertes auswärtiger Liegenschaften vom Aktienkapital, am präsumtiven Nettovermögen laut kantonalem Recht.

Über Doppelbesteuerung von *Genossenschaften* oder *Vereinen* hatte sich das B. Ger. noch nicht auszusprechen[3]).

δ. Zweigniederlassungen. Schon der B. R. hatte entschieden, dass eine geschäftliche Unternehmung nicht nur an ihrem Hauptsitz,

---

[1]) Vgl. *Schollenberger,* Staats- und Verwaltungsrecht der Kantone, III, 66 f.

[2]) Vgl. die zutreffenden Bemerkungen von *Speiser,* Zeitschr. f. schweiz. Recht, VI, XXI, 577; *Borel,* ibid., 660.

[3]) Über Besteuerung des Einkommens von Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit vgl. *Salis,* V, Nr. 2383, III.

sondern auch an ihren Zweigniederlassungen für das Betriebskapital derselben und das daraus herrührende Einkommen besteuert werden kann. B. R. B. vom 21. Okt. 1867 i. S. Robert & Comp.: Betrieb eines «Fabrikgeschäftes»; vom 5. Mai 1870 i. S. Blumer: Betrieb eines «Fabrikgeschäftes»; vom 7. Juli 1873 i. S. Lambelet: Filialgeschäft. *Hafner*, S. 35 ff. Das B. Ger. hat diese Anschauung bestätigt in einer Reihe von Entscheidungen. B. Ger. vom 24. Mai 1879 i. S. Gerber, V, 147; VIII, 160. Ob eine Zweigniederlassung vorliege oder nicht, ist nach Handelsrecht zu entscheiden. Zum Begriffe einer Zweigniederlassung gehört, dass von derselben aus solche Geschäfte, welche den Handels- oder Gewerbebetrieb des Geschäftsherrn ausmachen, gewerbsmässig und mit einer gewissen Selbständigkeit abgeschlossen werden. Anlagen, welche zwar für den Geschäftsbetrieb, aber nicht zum Zweck des Abschlusses solcher Geschäfte errichtet sind, wie blosse Warenniederlagen eines Handelshauses u. dgl., erscheinen nicht als Zweigniederlassungen, sondern als blosse unselbständige Hülfsanlagen. B. Ger. vom 18. Okt. 1892 i. S. Egli-Reinmann & Cie., XVIII, 628; XV, 37; 11. Mai 1893 i. S. Helvetia, XIX, 9: Der Zweigniederlassung muss eine Person vorstehen, die zum selbständigen Abschluss von Geschäften ermächtigt ist; 26. Februar 1897 i. S. Zwilchenbart & Cie., XXIII, 7: eine Zweigniederlassung ist in demselben Mass vorhanden, als der Vertreter zum selbständigen Abschluss von Geschäften ermächtigt ist; im gleichen Mass darf sie auch für den daraus fliessenden Gewinn besteuert werden; ibid. 1347: die unter Vorbehalt der Genehmigung durch das Hauptgeschäft abgeschlossenen Verträge gelten nicht als durch das Nebengeschäft abgeschlossen; XV, 33 (Auswanderungsagenten); XXIV, 615 (Versicherungsagent); XXVI, 281: keine Zweigniederlassung, weil kein ständiger Vertreter. Keine Zweigniederlassung liegt vor, wenn die Niederlassung nur die *Ausführung* eines einzigen Werkvertrages bezweckt, wenn auch zu diesem Ende weitere Verträge abgeschlossen werden müssen: XXII, 14; vgl. I, 41. Ferggereien sind keine Zweigniederlassungen, wenn die Fergger bloss Mittelspersonen zwischen der Fabrik und den Arbeitern (nicht Dritten) sind: XXV, 413. Ein im Kanton niedergelassener Handelsreisender begründet keine Zweigniederlassung, wohl aber der ständige Verkauf dort gelagerter Waren an Dritte: XVIII, 414; ebensowenig Dampfschiffbrücken und Güterschuppen einer Dampfschiffgesellschaft: XII, 252. Fraglicher ist es, ob nicht der ständige, wenn auch stehende Betrieb einer Schlaf- und Speisewagengesellschaft auf dem Gebiet eines Kantons wenigstens eine mit teilweise selbständiger Abschliessungsbefugnis ausgerüstete Zweigniederlassung begründet: XXV, 199; Wallis wollte übrigens in jenem Falle nicht das Vermögen oder das Einkommen der Gesellschaft besteuern, sondern den Gewerbebetrieb, der sich auf seinem Gebiet abspielte; eine Kollision verschiedenartiger Steuergesetze. — Die tägliche Warenspedition ohne feste Anstalt begründet keine Zweigniederlassung: X, 15.

Das B. Ger. hat sich nicht einlässlicher darüber ausgesprochen, wie das versteuerbare *Einkommen* einer Zweigniederlassung zu berechnen sei; es sagt einfach, der am Orte der Zweigniederlassung oder auf den dort abgeschlossenen Geschäften erzielte Geschäftsgewinn sei im betreffenden Kanton zu versteuern und vom Einkommen, das am Hauptsitz versteuert wird, abzuziehen. Sicher ist nicht der Bruttogewinn aus den einzelnen Geschäften zu versteuern, sondern sind davon die Be-

triebskosten des Zweiggeschäftes abzuziehen; richtigerweise sind aber auch die Betriebskosten und der Geschäftsgewinn des ganzen Geschäftes in Rechnung zu stellen: die Betriebskosten, weil die Hauptniederlassung eine Menge Betriebskosten, die auch den Zweiggeschäften dienen, bestreitet; den Geschäftsgewinn, weil das gleiche Geschäft auf einer Zweigniederlassung Gewinn erzielen kann, auf dem Gesamtbetrieb aber keinen.

Was die Besteuerung des Vermögens anbetrifft, so kann der Zweigniederlassung ihr besonderes Betriebskapital zugewiesen sein; dann hat sie einmal dieses zu versteuern. B. Ger. vom 22. Nov. 1884 i. S. Banque populaire suisse, X, 441; es ist natürlich gleichgültig, ob dieses Kapital als Debet der Zweigniederlassung gebucht werde; ob der Nominalbetrag des Dotationskapitals oder die dasselbe repräsentierenden Aktiven zu versteuern sind, entscheidet sich nach dem kantonalen Steuergesetz. B. Ger. XXIX, 293, 495. Es kann sich aber fragen, ob nur diese Aktiven und diese Aktiven schlechthin in Rechnung zu setzen sind. Wenn ein Reservefonds vorhanden ist, so dient er dem ganzen Geschäft, nicht bloss demjenigen Zweiggeschäft, wo er verwaltet wird; es scheint aber billig, den Reservefonds am Hauptsitz gemäss der grösseren Bedeutung desselben versteuern zu lassen. Das B. Ger. hat die Frage in seinem Urteil vom 3. Febr. 1897 i. S. Basellandschaftliche Hypothekenbank, XXIII, 3, berührt, aber nicht entschieden. Dagegen wird die Filiale richtigerweise auch einen Teil der Gesamtpassiven zu tragen haben. B. Ger. vom 21. März 1900 i. S. Industriegesellschaft für Schappe, XXVI, 26. Und zwar muss das Aktivvermögen am Hauptsitz und am Sitz der Filiale nach gleichen Grundsätzen geschätzt werden, wie das B. Ger. erklärte. Schwieriger ist es, das besteuerbare Vermögen einer Zweigniederlassung zu bestimmen, wenn sie kein besonderes Betriebskapital hat, über das sie Buch führt, sondern ihre Ausgaben aus der Kasse des Hauptgeschäftes bestreitet. Nach bundesgerichtlicher Praxis wäre wohl in diesem Fall überhaupt kein Vermögen der Zweigniederlassung zu versteuern. Nimmt man aber einmal ein Steuerdomizil der Zweigniederlassung an, so scheint es richtiger, ihre Steuerpflicht nicht von einer im Willen des Geschäftsinhabers liegenden Organisationsmodalität abhängig zu machen. Das Gesamtvermögen des Geschäftes wäre zum Zwecke richtiger Besteuerung unter die verschiedenen Teilgeschäfte etwa im Verhältnis des jedem zukommenden Anteils am realisierten Gesamtgeschäftsgewinn oder Einkommen zu verteilen.

Unter allen Umständen aber kann das B. Ger. die Pflicht nicht von sich weisen, die Grundsätze, nach denen im einzelnen Falle geteilt werden soll, zu bestimmen, wie es im Urteil vom 9. Juni 1897 i. S. Sarasin, Staehelin & Cie., XXIII, 505 geschehen. Vgl. *Speiser*, Zeitschrift, XVII, S. 77.

Eine Anzahl älterer Entscheidungen des B. R. und des B. Ger. haben auch Geschäftsniederlassungen zu Steuerdomizilen qualifiziert, die keine Zweigniederlassungen waren, aber mehr, wie es scheint, mangels eines bestimmten Begriffes des Steuerdomizils, wie es derjenige der Zweigniederlassung ist, als in bewusster Abweichung davon. B. R. B. vom 21. Okt. 1867 i. S. Robert & Cie.; vom 5. Mai 1873 i. S. Blumer; *Hafner*, S. 35, 36; B. Ger. I, 36 i. S. Bühler; I, 28 i. S. Meyer; vgl. I, 41 und 33.

In neueren Entscheidungen ging aber das B. Ger. bewusstermassen von der Regel ab, dass bloss eine Zweigniederlassung ein Steuerdomizil

begründe, zuerst in einem Fall, wo sich die kaufmännische Leitung eines Fabrikationsgeschäftes in einem Kanton, die technische Fabrikationstätigkeit in einem andern abspielte; das B. Ger. erklärte letzteren Kanton zur Besteuerung der dort befindlichen Betriebsmittel, Rohstoffe und Waren berechtigt. 18. Okt. 1890 i. S. Imhof, XVI, 631. Ähnlich lag der Fall Sarasin, Staehelin & Cie., wo das B. Ger. den neuen von ihm eingenommenen Standpunkt grundsätzlich folgendermassen definierte: Zum Bezug von Einkommensteuer ist in gewissem Umfang jeder Kanton befugt, in dessen Gebiet sich ständige Anstalten und Einrichtungen des Geschäftes befinden, sofern wenigstens jede für sich und selbständig einen wesentlichen Teil des Gewerbebetriebs besorgt. 9. Juni 1897, XXIII, 505, bestätigt XXVI, 26. In einem späteren Entscheide vom 28. September 1898 i. S. Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldstättersees, XXIV, 446, bezeichnet das B. Ger. als Kriterium seines neuen Steuerdomizils: Die tatsächliche Existenz einer unter selbständiger Leitung stehenden Anlage, in der ein wesentlicher Teil der produktiven Tätigkeit eines gewerblichen oder industriellen Unternehmens vor sich geht und die ohne wesentliche Änderung gänzlich vom Hauptgeschäft losgelöst und auch mit rechtlicher Selbständigkeit ausgestattet werden könnte. Stationsanlagen und Lagerräume seien aber blosse Hülfsanstalten ohne selbständige Bedeutung. Als solche ständige und selbständige Anstalten wurden ferner erklärt: Steinbrüche unter selbständiger technischer Leitung, B. Ger. vom 23. Dez. 1901 i. S. Hösli, XXVII, 434; vgl. das Urteil vom 24. Nov. 1897 i. S. Linder, XXIII, 1327, wo die gleiche Frage unentschieden blieb, und Automaten, B. Ger. vom 25. März 1903 i. S. Schweiz. Automatengesellschaft, XXIX, 8. Vgl. auch XXVIII, 119, wo die Frage betr. Abnahmestellen einer chemischen Waschanstalt unentschieden blieb.

Die ältere Praxis, welche allein auf den Begriff der Zweigniederlassung im Sinne des Handelsrechtes abstellte, hatte damit ein klares Unterscheidungsmerkmal, welches zugleich Anhaltspunkte bot zur Berechnung des Betriebskapitals und Geschäftsgewinns, die am Spezialdomizil zu versteuern waren. Es hat nun allerdings etwas unbilliges, wenn der Kanton, wo sich die ganze technische Produktionstätigkeit abspielt und dem sie vermehrte Sorgen und Auslagen bringt, nichts vom Betriebskapital und vom Geschäftsgewinn besteuern kann, zu gunsten desjenigen Kantons, wo sich die kaufmännische Leitung befindet, die ihm s. z. s. keine neuen Lasten auferlegt. Das neue Kriterium, welches das B. Ger. gefunden zu haben glaubt, ist aber undurchführbar: was ist eine «technisch selbständige» Leitung, ein «wesentlicher Teil der produktiven Tätigkeit», ein «nach seinem wirtschaftlichen Zweck und nach seiner tatsächlichen Organisation besonderer Betrieb, der ohne wesentliche Änderung auch gänzlich vom Hauptgeschäft losgelöst und mit rechtlicher Selbständigkeit ausgestattet werden könnte»? Man kann von technischer oder von rechtlicher Selbständigkeit reden: technisch selbstständig ist derjenige Betrieb, der ein bestimmtes ins Auge gefasstes technisches Resultat vollständig hervorzubringen vermag; je nach dem ins Auge gefassten Zweck umfasst daher der selbständige technische Betrieb mehr oder weniger. Auf einem Dampfschiff ist die Bedienung der Dampfmaschine ein technisch selbständiger Betrieb, so gut wie die Steuerung des sich fortbewegenden Schiffes, die Ankerung, die Landung, die Reinigung, die Restauration, die Ausgabe, die Kontrollierung und Abnahme

der Billets; jedes dieser Resultate wird durch Personen hergestellt, die dazu der Mitwirkung anderer nicht bedürfen. Die besondere Besteuerung jedes dieser technisch selbständigen Teile des Gesamtbetriebes, wenn sie an verschiedene Orte verlegt sind, ist aber unmöglich, wenn es sich um Subjektssteuern handelt, wie die Vermögens- und Einkommensteuer; denn diese haben das gesamte wirtschaftliche Aktivvermögen oder das Einkommen des Geschäftsinhabers zum Gegenstand. Der Vermögenswert eines Geschäftes oder das Einkommen aus einem Geschäft kann aber für verschiedene Geschäftsteile nur dann besonders berechnet werden, wenn diese Geschäftsteile auch juristische Selbständigkeit haben. Ist dies aber nicht der Fall, so ist es ein vergebliches Bemühen, auszurechnen, wie viel jeder technisch unterscheidbare Teil des Gesamtbetriebes wert sei und eintrage; einmal, weil der technische Betrieb in beliebig viele Bestandteile zerlegbar ist, und sodann, weil der *technische* Betrieb als solcher überhaupt keinen Gewinn erzeugt, sondern lediglich der wirtschaftliche; der technisch vollkommenste Betrieb kann die kläglichsten wirtschaftlichen Ergebnisse aufweisen, weil der Gewinn nicht durch die technische Tätigkeit erzielt wird, sondern durch die wirtschaftliche, die sich in die Form von Rechtsgeschäften kleidet. Das B. Ger. versuche einmal den Ertrag des technischen Betriebes eines Steinbruchs und denjenigen der kommerziellen Leitung des Geschäftes zu unterscheiden. — Und weil das Geschäft hier lediglich als wirtschaftlicher Vorgang in Betracht kommt, ist es auch ganz unmöglich, zu sagen, welcher Teil des technischen Betriebes «ohne wesentliche Änderung mit rechtlicher Selbständigkeit ausgestattet werden könnte»: gewiss kann der Betrieb eines Automaten gegen Entgelt einem Bahnangestellten auf eigene Rechnung überlassen werden, aber dann ist eben das Geschäft der Automatengesellschaft ein anderes; auch die Unterhaltung und Bedienung der Landungsbrücken oder der Lagerräume, deren sich die Dampfschiffgesellschaft bedient, kann zu einem selbständigen Unternehmen gemacht werden, so gut wie die Restauration auf dem Schiff, oder die Bedienung der Maschine, wenn die Dampfschiffgesellschaft sich mit der Maschinenfabrik darüber verständigt.

Die neu eingeschlagene Praxis des B. Ger. führt zu einer unbegrenzbaren Zersplitterung der Steuerpflicht oder zu willkürlichen Unterscheidungen.

c. Mehrzahl von Berechtigten an der gleichen Sache. Sache des kantonalen Steuerrechtes ist es in erster Linie, zu bestimmen, wie die Inhaber verschiedener Rechte an einem Vermögensstücke zu besteuern sind, z. B. der Eigentümer und der Niessbraucher oder Pfandberechtigte einer körperlichen Sache, oder an einer Forderung. Für die Frage, ob die Besteuerung der verschiedenen Berechtigten an derselben Sache zulässig sei, ist bundesrechtlich lediglich Art. 4 B. V. massgebend. Wohnen diese verschiedenen Interessenten in verschiedenen Kantonen, so ist an sich kein Grund vorhanden, nur den einen derselben, z. B. den Niessbraucher, unter Ausschluss der andern steuerpflichtig zu erklären; entsteht aber durch die Kollision verschiedenartiger oder gleichartiger kantonaler Steuergesetze eine materielle Doppelbesteuerung, so sind die sub Ziff. 3 dargebrachten Regeln grundsätzlich anzuwenden. Das B. Ger. hat im Falle des *Niessbrauchs* dem Kantone des Wohnsitzes des Niessbrauchers schlechthin das Besteuerungsrecht über Kapital und Ein-

kommen zugesprochen, eine zwar grundsätzlich anfechtbare, aber praktische Entscheidung. B. Ger. vom 13. Oktober 1877 i. S. der Regierung des K. Thurgau, III, 613; IV, 199; vgl. VIII, 22. 25. Mai 1904, i. S. Merian und K. Bern gegen K. Baselstadt, XXX, 285; wo die Berner Einkommensteuer mit der Basler (sog.) Vermögenssteuer konkurrierte[1]). Die Frage der Besteuerung eines Familienfideikommisses wurde durch B. R. B. vom 18. Dez. 1865 i. S. Kunkler dahin beantwortet, dass der unbewegliche Teil des Vermögens am Orte, wo er gelegen ist, der bewegliche am Wohnorte seines jeweiligen Nutzniessers zu versteuern ist; *Hafner,* S. 11. 25. Nicht der *Faustpfandberechtigte* an einem beweglichen Vermögensstück, z. B. einem Werttitel, hat den verpfändeten Gegenstand zu versteuern, sondern dessen Eigentümer, B. Ger. vom 16. Mai 1878 i. S. Bucher & Durrer, IV, 339; damit scheint nicht im Einklang zu stehen die Entscheidung vom 18. Okt. 1900 i. S. Erben Honegger-Steiner, XXVI, 421. — Beim *Übergang des die Steuerpflicht begründenden Rechtes* wird der neue Inhaber mit dem Augenblick des Erwerbes steuerpflichtig. B. Ger. II, 11; 14. April 1888 i. S. Blumer, XIV, 157, Erbschaftssteuer, XXIV, 584. Das Vermögen des *Erblassers* geht steuerrechtlich mit dem Augenblick des Erwerbes auf den oder die Erben über; diese haben es, jeder für seinen Teil, zu versteuern, auch wenn die Erbschaft noch nicht geteilt ist. B. Ger. 14. April 1888, i. S. Blumer, XIV, 157; 9. Nov. 1898 i. S. Realini, XXIV, 584. Die zivilrechtliche Fiktion der hereditas jacens hat m. E. im Steuerrecht keine Geltung.

d. Zivilrechtliche Vorfragen. Es ist anzunehmen, dass, wenn das kantonale Steuergesetz von Eigentum, Niessbrauch, Pfandrecht, vom Übergang dieser Rechte, von Mobilien und Immobilien spricht, es diese Begriffe im zivilrechtlichen Sinne verstanden wissen will, obschon eine andere Auslegung nicht von vornherein ausgeschlossen ist. Dasselbe hat zu gelten, wenn Sätze des interkantonalen oder internationalen Steuerrechts, wie es kraft b. ger. Praxis gilt, solche Begriffe anwenden, nur entsteht hier die Frage, welches Zivilrecht massgebend sei, wenn der anzuwendende Begriff, z. B. der unbeweglichen Sache, in den beiden streitenden Kantonen verschieden definiert ist. Logischerweise darf auch hier, wie bei allen interkantonalen Konflikten, das Recht weder des einen noch des andern Kantons entscheiden, sondern das interkantonale eidg. Doppelbesteuerungsrecht, das nur ein einheitliches sein kann. Praktischer wird es aber oft sein, diese Vorfrage des Steuerrechts nach dem zivilrechtlichen Begriff des einen oder des andern Kantons zu beurteilen und nicht einen direkten bundesrechtlichen Begriff aufzustellen. B. Ger. VIII, 281; XII, 252; XXX, 285. Hängt die Steuerrechtsfrage von der Beurteilung eines Rechtsgeschäftes interkantonalen Charakters ab, z. B. einer Veräusserung pfandversicherter Forderungen, eines Testaments oder Ehevertrags, so ist wohl das Richtigste, die zivilrechtliche Vorfrage nach demjenigen kantonalen Recht zu beurteilen, welches das B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse vom 25. Juni 1891 für massgebend erklärt.

[1]) An dem Urteil ist m. E. auszusetzen, dass es sich bemüht, zu beweisen, dass die Basler Vermögenssteuer eigentlich eine Einkommensteuer sei, während dies nach dem Urteil selbst unerheblich ist, und dass zu diesem Beweis nicht auf das Entscheidende abgestellt wurde, nämlich darauf, ob die Steuer nach dem Kapital oder nach dem Ertrag des Niessbrauchgutes berechnet wird.

e. Liegenschaften. Die Rechtsprechung über die Besteuerung der Liegenschaften ist im wesentlichen schon unter Ziffer 3 dargestellt worden [1]; es sei hier nur noch auf ein paar Spezialentscheide verwiesen: mit Urteil vom 19. März 1881 i. S. Jenny und Blumer, VII, 4, wurde erkannt, dass sich auswärtige Grundeigentümer nicht weigern können, von ihrem Grundstück an eine staatliche Religionsgenossenschaft, der sie rechtlich nicht angehören, Steuern zu zahlen, sofern sie der gleichen Konfession angehören. Vgl. Art. *59, Abs. 6.* Die gleichzeitige Besteuerung durch zwei Kantone des Kapitals und des Grundstückes, das damit im gleichen Jahr erworben wurde, oder umgekehrt, ist keine Doppelbesteuerung; Urteile vom 22. Januar 1870 i. S. Kaiser-Muos, II, 11, und vom 12. Mai 1883 i. S. Wälti, IX, 137. — Das B. Ger. kam noch nicht in den Fall, zu entscheiden, wo der Niessbrauch an einem Grundstück zu versteuern sei; es muss aber ohne Zweifel nach Analogie des Eigentums entschieden werden. Vgl. B. Ger. III, 610, und VIII, 21. *Hafner,* S. 11, 25; *Zürcher,* 94.

f. Erbschaftssteuer. Die Erbschaftssteuer ist an demjenigen Orte zu beziehen, wo die Erbschaft anfällt, d. h. am letzten Wohnsitz des Erblassers im Sinne von Art. 22 des Gesetzes vom 25. Juni 1891. So grundsätzlich B. Ger. vom 17. Januar 1901 i. S. Baselstadt, XXVII, 41, wo es sich um eine bevormundete Person handelte. Vgl. 14. Mai 1887 i. S. hoirs Eynard, XIII, 110; XX, 721. *Ullmer,* II, 1242; *Hafner,* S. 26. Ausgenommen sind Liegenschaften, die in einem andern Kanton gelegen sind; dieser Kanton kann aber die Erbschaftssteuer nicht vom vollen Wert der Liegenschaft beziehen, sondern nur von demjenigen Bruchteil desselben, der dem Verhältnis zwischen Gesamtaktiven und -passiven der Verlassenschaft entspricht; B. Ger. vom 5. Dez. 1884 i. S. Dölli, X, 447, und 4. Juni 1903 i. S. Fondation du Sanatorium populaire genevois de Clairmont-sur-Sierre, XXIX, 140. Ist die Liegenschaft selbst mit grundversicherten Schulden des Erblassers belastet, so wirft der betr. Kanton auch den Betrag dieser Passiven in die Gesamtmasse ein. So hat das B. Ger. in dem etwas unklaren Entscheide vom 29. März 1894 i. S. Degoy, XX, 10, erkannt. Danach wären die grundversicherten Schulden unberücksichtigt zu lassen, wenn das Grundstück für die Schulden eines Dritten verhaftet wäre. Die richtige Lösung ergibt sich m. E. auch hier nur, wenn man die pfandversicherten Forderungen die Erbschaftssteuer im Kanton, in dem das verpfändete Grundstück liegt, zahlen lässt; nur so erreicht man den Zweck, jedem Kanton den vollen Wert seiner Liegenschaften als unentziehbares Steuerkapital zu sichern.

g. Kopfsteuer. Das B. Ger. hat die Kopfsteuer als eine unter Art. 46, Abs. 2, fallende Steuer erklärt und entschieden, dass sie am Wohnsitz und im Verhältnis der in jedem Kanton zugebrachten Zeit zu bezahlen sei; B. Ger. vom 23. Dez. 1902 i. S. Gränicher, VIII, 703; XXIII, 498.

h. Militärsteuer. Das B. Ger. hat zu Unrecht Art. 46, Abs. 2, B. V. auf die Frage angewendet, welcher Kanton den im Ausland weilenden Militärersatzsteuerpflichtigen zu besteuern habe; die Frage ist nach dem B. Ges. betr. den Militärpflichtersatz vom 28. Juni 1878 zu entscheiden (Art. 10, Abs. 2), und die Streitigkeiten unter den Kantonen sind nach

[1] Über die ältere Praxis vgl. *Hafner,* S. 38 ff.; *Ullmer,* I, Nr. 217; vgl. II, Nr. 290.

Art. 16 desselben Gesetzes durch den B. R. zu entscheiden; B. Ger. vom 6. Sept. 1890 i. S. Lüscher, XVI, 471; vgl. *Salis*, III, Nr. 1272.

i. Gewerbesteuern. Art. 46, Abs. 2, der B. V. ist m. E. auf alle Steuern anwendbar, nur nicht auf eigentliche *Gebühren* (vgl. Art. *31*, S. 296). Das B. Ger. machte dagegen verschiedene Einschränkungen, ohne dass sich aus seinen einzelnen Entscheidungen ein leitendes Prinzip gewinnen liesse. Die Walliser «Gewerbesteuer», die jeden Gewerbetreibenden nach der präsumtiven Ertragsfähigkeit seines Gewerbes zur Steuer heranzieht, wurde als Steuer und nicht etwa als eine Gebühr für die Bewilligung zum Gewerbebetrieb qualifiziert; B. Ger. vom 21. Juni 1899 i. S. Internat. Schlafwagengesellschaft, XXV, 199; XXVI, 281. Die «taxe municipale» von Genf wurde ebenfalls unter den Begriff der Steuer subsumiert, obschon sie zum voraus nach approximativer, auf mehr äusserlichen Anhaltspunkten beruhender Schätzung erhoben werde; sie sei nicht eine blosse Patentgebühr, erhoben aus Anlass und als Gegenleistung einer gewerblichen Bewilligung; B. Ger. vom 24. Nov. 1898 i. S. Jura-Simplon und vom 14. Dez. 1898 i. S. «La Winterthour», XXIV, 605, 615; *Hafner*, S. 30. Dasselbe wurde mit ähnlicher Begründung erkannt bezüglich einer im Kt. Zug erhobenen Patentgebühr (von Fr. 225) für Ausübung einer unselbständigen Gewerbstätigkeit; B. Ger. vom 22. März 1884 i. S. Rupprecht & Cie., X, 15. Die *Wirtschaftspatenttaxe* wurde nicht als Steuer im Sinne des Art. 46, Abs. 2, B. V. bezeichnet, weil sie ein Entgelt sei für die besondere Inanspruchnahme der Staatsgewalt bei der Konzession; B. Ger. vom 27. April 1898 i. S. Gotthardbahn und Internat. Schlafwagengesellschaft, XXIV, 191; *Ullmer*, II, Nr. 691. Vgl. über die Auffassung der Patentgebühr als ein Entgelt für die Erteilung der Bewilligung, Art. *31*, S. 288 f.

k. Luxussteuern. Endlich wurde das bundesrechtliche Verbot der Doppelbesteuerung auf *Luxussteuern* nicht anwendbar erklärt; nach dem ersten Urteil vom 22. Febr. 1879 i. S. Mallet, V, 5, weil die Wagensteuer eine Spezialtaxe sei, mit der sich die Praxis der Bundesbehörden nie befasst. Vgl. *van Muyden*, a. a. O., S. 52, über den früheren ungedruckten Entscheid i. gl. S. vom 31. Mai 1878. Die Entscheidung i. S. Mallet wurde bestätigt bezüglich der Wagen- und Hundesteuer durch Urteil vom 30. Sept. 1887 i. S. Cramer, XIII, 257. In einem neueren Entscheide vom 26. Juni 1901 i. S. Sautter, XXVII, 159, zog dagegen das B. Ger. die Richtigkeit der früheren Praxis wieder in Zweifel anlässlich der Automobilsteuer, ohne indessen die Frage zu beantworten (vgl. oben S. *455*).

l. Taxation. Das B. Ger. hat stets den Grundsatz befolgt, dass es die richtige Taxation des Steuerobjektes durch die Kantonsbehörden nicht zu überprüfen habe; mit Recht, denn es liegt kein Grund vor, dem Bunde darüber ein Entscheidungsrecht einzuräumen, wenn zufällig die Steuerhoheiten zweier Kantone konkurrieren, nicht aber, wenn nur ein Kanton besteuert. Immerhin bleibt dort wie hier Art. 4 B. V. vorbehalten; B. Ger. vom 2. Okt. 1875 i. S. Ammann, I, 62; VI, 484; XIII, 108: Besteuerung eines in Liquidation befindlichen Geschäftes; *Hafner*, S. 32. Von der eigentlichen Taxation ist aber die Frage streng zu scheiden, welche Bestandteile des Vermögens zur Taxation herbeigezogen werden dürfen; rechtliche und tatsächliche Streitfragen darüber können

vor das B. Ger. gebracht werden. Vgl. z. B. XXVI, 421; VIII, 21, wo unrichtig entschieden wurde, das B. Ger. habe die Tatfrage nicht zu prüfen, ob auf einen Niessbrauch verzichtet worden sei; wenn es von einer solchen Tatfrage abhängt, welcher Kanton steuerberechtigt sei, so hat sie das B. Ger. allerdings zu untersuchen; XXIII, 505.

m. Rückerstattung. Die Pflicht des Kantons oder der Gemeinden, dem Verbot der Doppelbesteuerung zuwider erhobene Steuern zurückzuerstatten, beurteilt sich nach kantonalem Recht; B. Ger. vom 9. März 1877 i. S. Ethénoz, III, 10, wo der Rückerstattungsanspruch unrichtigerweise als ein zivilrechtlicher bezeichnet wird; X, 452; XIX, 4; XXV, 194, 191, mit der unrichtigen Einschränkung, dass die Entscheidung der Rückforderungsklage nicht von Erwägungen abhängig gemacht werden dürfe. die mit dem Bundesrecht in Doppelbesteuerungssachen im Widerspruch stehen. Vgl. *Hafner,* S. 15 ff. Dagegen ist die Rückerstattung bundesrechtliche Pflicht, wenn der Besteuerte unfreiwillig gezahlt hat; eine andere Auffassung würde die Rücksichtslosigkeit der kantonalen Steuerbehörden geradezu prämieren. Eine unfreiwillige Zahlung ist auch dann anzunehmen, wenn der Besteuerte der amtlichen Aufforderung unter Bestreitung seiner Steuerpflicht Folge leistete; B. Ger. vom 23. Dez. 1882 i. S. Gränicher, VIII, 703; IX, 16; X, 452; XII, 19, wo die Unfreiwilligkeit fraglich erscheint; XV, 37: keine freiwillige Zahlung, wenn mit Sequester gedroht wird; ebenso wenn die Steuer zu einer Zeit bezahlt wurde, wo der Besteuerte die Unzulässigkeit noch nicht kennen konnte, z. B. wenn die Steuer zu Anfang des Jahres bezahlt wird und der Besteuerte nachher seinen Wohnsitz wechselt. B. Ger. vom 23. Dez. 1882 i. S. Gränicher, VIII, 703. Vgl. B. R. B. vom 9. März 1868 i. S. Dor und vom 28. Aug. 1868 i. S. Henne; *Hafner,* S. 22, 28. Dagegen wurde wohl mit Recht entschieden, dass der zur Besteuerung berechtigte Kanton die vom nicht berechtigten Kanton erhobene Steuer von diesem nicht zurückfordern könne; B. Ger. vom 13. März 1895 i. S. St. Gallen g. Thurgau, XXI, 4.

n. Verzicht. In der Entscheidung, dass, wer *freiwillig* zahlt, nicht mehr zurückfordern kann, liegt, dass der Steuerpflichtige darauf *verzichten* kann, sein subjektives Recht, nicht doppelt besteuert zu werden, in einem gegebenen Fall geltend zu machen. Er kann aber nicht zum voraus darauf verzichten, weder stillschweigend noch ausdrücklich. Ein stillschweigender Verzicht, eben weil er für die Zukunft überhaupt nicht möglich ist, kann daher nicht in der noch so lange fortgesetzten freiwilligen Leistung der Steuern erblickt werden; B. Ger. vom 28. Sept. 1898 i. S. Dampfschiffgesellschaft des Vierwaldst.-Sees, und vom 16. Nov. 1898 i. S. Rossi, XXIV, 446, 587; vgl. XXIII, 505. Aus demselben Grunde ist auch der ausdrückliche Verzicht oder die ausdrückliche Anerkennung der Steuerpflicht für noch nicht entstandene Steueransprüche unwirksam, und da sich der Staat seinerseits in der Ausübung seiner Steuerhoheit gegenüber einer Privatperson nicht binden kann, so ist ein zwischen dem Staat (oder der Gemeinde) und dem Steuerpflichtigen geschlossener Steuervertrag für beide unverbindlich; eine solche Abrede kann rechtlich nur bedeuten, dass über die Steuerpflicht des Privaten nach Gesetz bei beiden Teilen eine übereinstimmende Auffassung herrsche: eine Konstatation, die von einem Tag auf den andern unrichtig werden

kann. Der B. R. und die B. Vers. haben daher schon in einem Rekursfalle von Aargauer Israeliten durch Beschlüsse vom 8. April 1871 und 17. Juli 1872 nach gründlicher Diskussion erklärt, dass Steuerverträge unverbindlich sind, im Gegensatz zu früheren Entscheidungen[1]. Das B. Ger. hat in einem Urteil vom 24. Nov. 1898 i. S. Jura-Simplon c. Genève, XXIV, 605, die gegenteilige Ansicht geäussert. Vgl. den bei Art. 4, S. 17, besprochenen Fall, B. Ger. X, 317; ferner XXIV, 576. Etwas anderes ist es, wenn der Staat kraft seiner Staatsgewalt die Steuerpflicht in einem Einzelfall besonders festsetzt.

Art. 47.

Ein Bundesgesetz wird den Unterschied zwischen Niederlassung und Aufenthalt bestimmen und dabei gleichzeitig über die politischen und bürgerlichen Rechte der schweizerischen Aufenthalter die näheren Vorschriften aufstellen.

I. Geschichte.

Die B. V. von 1848 enthielt die Bestimmung nicht. Sie wurde 1871 in der N. R. K. auf den Vorschlag von *Kaiser* als Art. 46 angenommen, mit folgendem Wortlaut: «Ein Bundesgesetz wird Vorschriften über die politischen und bürgerlichen Rechte derjenigen Schweizerbürger aufstellen, welche in den Kantonen, wo sie wohnen, weder heimatberechtigt noch niedergelassen sind[2].» Der N. R. gab der Vorschrift die heutige Fassung mit Ausnahme des Wortes «schweizerischen», und der St. R., der etwas verschieden redigiert hatte, stimmte zu[2]. Im N. R. wurde gegenüber dem Streichungsantrag bemerkt, die Regelung der Stellung der Aufenthalter sei eine Konsequenz von Art. 45, welcher die Verhältnisse der Niedergelassenen ordne[3]. Die Verhandlungen von 1873—74 brachten keine Änderung[4].

II. Auslegung.

Aus den Art. 43, 45, 46 und 47 ergibt sich, dass die Verfasser dieser Bestimmungen zwischen Niederlassung und Aufenthalt unterscheiden wollten; und zwar sollte offenbar, wie nach den kantonalen Rechten, die Dauer des Verweilens und die Festigkeit der Verbindung mit dem

---

[1]) *Hafner*, 17 ff. Vgl. *Ullmer*, II, Nr. 697; *Zürcher*, 127; *Blumer-Morel*. I, 418—419, kritisiert mit der N. R. K. diese Entscheidung, B. Bl. 1872, III, 27.

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 221, 212. Prot. der St. R. K. 1871, S. 9, 10, 139.

[3]) Prot. des N. R. 1871, S. 226, 553, 579. Prot. des St. R. vom 2. und 27. Februar 1872; *Bulletin*, 265, 527.

[4]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 129, 335. Es ist aus dem Protokoll nicht ersichtlich, wann das Wort „*schweizerischen* Aufenthalter" in die B. V. gekommen ist. Vgl. Anhang des Prot. S. 245, 310.

Orte des Verweilens den Unterschied ausmachen[1]). Die B. V. wollte aber nicht selbst diese etwas schwierige Unterscheidung durchführen, sondern überliess es der Gesetzgebung. Das Ausführungsgesetz wurde nie erlassen. Aus dieser Sachlage ergab sich als natürliche Folge, dass für die Niederlassungsfreiheit allein Art. 45 massgebend blieb, und da dieser Artikel die Voraussetzungen der Niederlassungsbewilligung limitativ aufzählt, erklärte man, dass jeder, der diese Voraussetzungen realisiere, die Niederlassung verlangen könne, wolle er sich nun für kurz oder lang, vorübergehend oder definitiv aufhalten. Es kann heute als ein feststehender Satz des Bundesrechts bezeichnet werden, dass die Niederlassung nicht verweigert werden darf, weil der Gesuchsteller sich nicht im technischen Sinne des Wortes « niederzulassen », sondern nur « aufzuhalten » wünsche[2]). Dieses Ergebnis liegt auch durchaus im Sinne des Art. 47 B. V., dessen Zweck sicher nicht war, die Rechte der Aufenthalter zu mindern, sondern diese den Niedergelassenen anzunähern.

Der Erlass des in Art. 47 B. V. vorgesehenen Bundesgesetzes ist somit kaum mehr notwendig; er würde sogar einen Rückschritt bedeuten, wenn dadurch die Möglichkeit, Niederlassung zu nehmen, Personen entzogen würde, welche sie heute haben; es könnte sich praktisch bloss noch darum handeln, den Aufenthalt unter leichteren Bedingungen zu gewähren.

Tatsächlich aber gibt es Aufenthalter, weil die Gesetze der meisten Kantone zwischen Niederlassung und Aufenthalt unterscheiden und diesen unter leichteren Bedingungen bewilligen[3]); die Niederlassung kann zwar keinem verweigert werden, der die Bedingungen des Art. 45 erfüllt und der sich mit der Aufenthaltsbewilligung nicht begnügen will[4]). Begnügt er sich aber mit dieser Bewilligung, so kann er sich nicht auf Art. 45 B. V. berufen; er steht unter den im folgenden auszuführenden Regeln. Daher fragt es sich, wie der Aufenthalt nach Bundesrecht zu beurteilen ist.

Betreffend den *Erwerb des Aufenthaltes* ist zu bemerken, dass die B. V. ihn nicht gewährleistet; die Kantone können daher die Unterscheidung zwischen Niedergelassenen und Aufenthaltern ganz fallen lassen und, solange das Ausführungsgesetz des Art. 47 nicht erlassen ist, beide ausschliesslich nach Art. 45 behandeln, wie es z. B. die Kantone Zürich, Waadt und Neuenburg tun[5]). Wenn aber der Unterschied besteht, so fragt es sich, ob die Aufenthaltsbewilligung unter den gleichen Bedingungen erteilt werden muss wie die Niederlassungsbewilligung, oder ob sie an strengere Bedingungen geknüpft werden kann. M. E. ist ersteres der Fall, zwar nicht auf Grund von Art. 47, aber auf Grund von Art. 4 B. V., der anwendbar bleibt, solange die Materie nicht durch Spezial-

---

[1]) Vgl. oben Art. 45; ferner die Botschaft des B. R. vom 2. Okt. 1874 zum B. Ges. über die politische Stimmberechtigung der Schweizerbürger, B. Bl. 1874, III, 34.

[2]) Vgl. Botschaft des B. R. vom 2. Juni 1882 zu einem B. Ges. über die politischen Rechte der Schweizerbürger, B. Bl. 1882, III, 1.

[3]) Vgl. *Schollenberger*, II, 47.

[4]) Da es stets auf dem freien Willen des Einziehenden beruht, wenn er Aufenthalt nimmt, wo er zur Niederlassung berechtigt wäre, ist es nicht von praktischem Interesse, zu untersuchen, ob die Unterscheidung zwischen Niederlassung und Aufenthalt, wie sie die kantonalen Gesetze machen, der B. V. entspricht.

[5]) Das bestimmten Art. 1, Abs. 4, des vom Volke verworfenen B. B. vom 18. März 1877 und Art. 3 des Entwurfes des B. R. vom 2. Juni 1882.

vorschriften geregelt wird. Die Rechtsgleichheit verlangt aber, dass Personen, die für die öffentliche Sicherheit und die Armenlast des Kantons oder der Gemeinde, die sie aufnehmen, gerade wegen der kurzen Dauer ihres Aufenthaltes weniger Gefahr bieten als die sich Niederlassenden (oder angeblich Niederlassenden), nicht strenger behandelt werden als diese. Die Bundesbehörden haben daher mit Recht entschieden, dass für die Aufenthaltsbewilligung keine höheren Gebühren verlangt werden können als für die Niederlassungsbewilligung. Dagegen kann die Dauer der Aufenthaltsbewilligung, ohne Rechtsungleichheit, kürzer sein, da diese Ungleichheit in der Unterscheidung zwischen Niederlassung und Aufenthalt selbst begründet ist; und folgerichtig kann auch bei jeder Erneuerung dieser Bewilligung die Gebühr von neuem verlangt werden. Die Entscheidungen des B. R. bei *Salis,* II, Nr. 559, 560, scheinen mir daher unrichtig, nach welchen von den Aufenthaltern schlechthin nicht höhere Kanzleigebühren gefordert werden dürfen als von Niedergelassenen (B. Bl. 1876, I, 247; IV, 645. 1877, II, 526). Die St. R. K. kritisierte sie mit Recht. (B. Bl. 1889, III, 189.) Richtig B. R. B. vom 2. Okt. 1877, bestätigt durch B. B. vom 16. Aug. 1878, i. S. Baumann (B. Bl. 1878, II, 773, 489; 1879, II, 590. *Salis,* III, Nr. 561). So wenig wie bei der Erteilung der Niederlassung kann hier verlangt werden, dass kantonsfremde Schweizer die Aufenthaltsbewilligung unter absolut gleichen Bedingungen erhalten wie Kantonsangehörige, m. a. W., dass die den Kantonsangehörigen gewährten Erleichterungen auch den Kantonsfremden gewährt werden. Vgl. *Salis,* II, 561, 562. Botschaft des B. R. vom 15. April 1879, betr. Genehmigung des Genfer Niederlassungsgesetzes (B. Bl. 1879, II, 677; III, 23; B. B. vom 20. Juni 1879, B. Bl. 1880, II, 601, *Salis,* II, Nr. 571). Mangels besonderer Bestimmungen ist anzunehmen, dass der Aufenthalt *entzogen* werden kann, sobald eine der Bedingungen der Erteilung wegfällt, im Gegensatz zur Niederlassung (Art. 45, Abs. 2 und 3). Auch die Bestimmungen über Heimschaffung wegen Verarmung (Art. 45, Abs. 5 und 6) finden auf Aufenthalter keine Anwendung (vgl. aber Art. 48). Kreisschreiben des B. R. vom 25. Juni 1875 (B. Bl. 1877, III, 279; *Salis,* IV, Nr. 1983). Es ist daher grundsätzlich unrichtig, wenn das B. Ger. im Urteil vom 25. Okt. 1898 i. S. Alchenberger, XX, 736, den Satz aufstellte, dass die durch Art. 45 garantierte Niederlassungsfreiheit auch dadurch verletzt werden könne, dass einem Aufenthalter der Aufenthalt entzogen werde.

Über die *Rechtsstellung* der Aufenthalter kann aus Art. 47 nichts gefolgert werden. Da Art. 43 ausdrücklich nur für die Niedergelassenen gilt und Art. 47 bezüglich der politischen Rechte auf das noch zu schaffende Bundesgesetz verweist, so ergibt sich, dass das Bundesrecht zurzeit über die politischen Rechte der Aufenthalter gar nichts sagt. Die Kantone brauchen ihnen daher gar keine politischen Rechte zu geben. In diesem Sinn *Salis,* III, Nr. 1106; 1108. (B. Bl. 1878, II, 482); 1109, II. (B. Bl. 1881, II, 670.) 1155—1158. Vgl. oben Art. *43,* S. 10. M. E. stehen Art. 4 und 60 B. V. auch nicht entgegen, dass den kantonsangehörigen Aufenthaltern die politischen Rechte in kantonalen und sogar in Gemeindeangelegenheiten gewährt werden. Der B. R. hat sich in diesem Sinn ausgesprochen (B. Bl. 1881, II, 670); B. R. B. vom 21. März 1887 i. S. Gemeinderat von Freiburg (B. Bl. 1879, II, 607); im gegenteiligen Sinne aber: B. Bl. 1879, II, 586; *Salis,* III, Nr. 1109, II, 1155 und Nr. 1109, I, 1108.

In seiner Botschaft vom 9. Juni 1880 (B. Bl. 1880, III, 297) erklärt der B. R., es können als Repräsentationsbasis die Niedergelassenen und die tessinischen Aufenthalter unter Ausschluss der kantonsfremden Aufenthalter genommen werden; mit Recht.

Was die übrige Rechtsstellung der Aufenthalter in Kanton und Gemeinde betrifft, so gewährleistet ihnen zwar die B. V. selbst nichts Positives; Art. 4 und 60 verlangen aber m. E., dass hier die Aufenthalter den Kantonsangehörigen gleichgestellt werden.

Art. 48.

Ein Bundesgesetz wird über die Kosten der Verpflegung und Beerdigung armer Angehöriger eines Kantons, welche in einem andern Kanton krank werden oder sterben, die nötigen Bestimmungen treffen.

I. Geschichte[1].

Den 16. November 1865 schlossen 13 ½ Stände, denen i. J. 1866 noch 2 ½ weitere beitraten, ein Konkordat betreffend gegenseitige Vergütung von Verpflegungs- und Begräbniskosten für arme Angehörige. Jeder Kanton verpflichtete sich, nach einem Tarif die Kosten der Verpflegung nicht transportfähiger Kranker und der Beerdigung verstorbener armer Angehöriger zu vergüten. (A. S. VIII, 820.)

Auf Antrag seiner Kommission nahm der St. R. am 2. Februar 1872 eine Bestimmung an, die mit der heutigen bis auf das Wort «oder», statt dessen «und» stand, übereinstimmte[2]. Der N. R. trat dem St. R. bei[3]. Mit Ausnahme der erwähnten redaktionellen Verbesserung blieb der Artikel in den Revisionsverhandlungen von 1873—74 unverändert[4].

II. Auslegung.

Art. 48 will nicht der Bundesgesetzgebung überlassen, Vorschriften über den ganzen Gegenstand aufzustellen, welchen er seinem Wortlaute nach bezeichnet, nämlich die Kosten der Beerdigung und jeder Verpflegung armer kantonsfremder Schweizerbürger; es ist vielmehr nur die Verpflegung solcher gemeint, die aus gesundheitlichen oder gesundheitspolizeilichen Rücksichten nicht in ihren Heimatskanton transportiert werden können. Der Wortlaut der Bestimmung zeigt deutlich, dass nur das interkantonale Verhältnis bundesrechtlich geregelt sein soll. *Salis*, IV, Nr. 1982 a. E. Note 2.

Diesen Grundsätzen gemäss ist das Bundesgesetz über die Kosten der Verpflegung erkrankter und der Beerdigung verstorbener armer

[1]) *Blumer-Morel*, I, 402.
[2]) Prot. des St. R. vom 2. Februar 1872.
[3]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 553, 579, 580.
[4]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 129, 335.

Angehöriger anderer Kantone, vom 22. Juni 1875 (A. S. I, 743), erlassen worden. Botschaft vom 2. Juni 1875 (B. Bl. 1875, III, 251). Unbemittelten Angehörigen anderer Kantone, welche erkranken und deren Rückkehr in den Heimatkanton ohne Nachteil für ihre oder anderer Gesundheit nicht geschehen kann, soll im Kanton, wo sie sich befinden, die erforderliche Pflege und ärztliche Besorgung und im Sterbefall eine schickliche Beerdigung zuteil werden. Entgegen dem Konkordat von 1865 wurde der Aufenthaltskanton zur Tragung der Kosten verpflichtet, unter Vorbehalt seines Rückgriffsrechtes gegen zivilrechtlich Unterstützungspflichtige. *Salis*, IV, Nr. 1982—1987. Betr. die internationalen Abmachungen ebds. Nr. 1988—2034.

Art. 49.

Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist unverletzlich.

Niemand darf zur Teilnahme an einer Religionsgenossenschaft oder an einem religiösen Unterricht, oder zur Vornahme einer religiösen Handlung gezwungen, oder wegen Glaubensansichten mit Strafen irgend welcher Art belegt werden.

Über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum erfüllten 16. Altersjahr verfügt im Sinne vorstehender Grundsätze der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt.

Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte darf durch keinerlei Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden.

Die Glaubensansichten entbinden nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten.

Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, welche speziell für eigentliche Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. Die nähere Ausführung dieses Grundsatzes ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

Art. 50.

Die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen ist innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung gewährleistet.

Den Kantonen, sowie dem Bunde bleibt vorbehalten, zur Handhabung der Ordnung und des öffentlichen Friedens unter den Angehörigen der verschiedenen Religionsgenossenschaften, sowie gegen Eingriffe kirchlicher Behörden in die Rechte des Bürgers und des Staates die geeigneten Massnahmen zu treffen.

Anstände aus dem öffentlichen oder Privatrechte, welche über die Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften entstehen, können auf dem Wege der Beschwerdeführung der Entscheidung der zuständigen Bundesbehörden unterstellt werden.

Die Errichtung von Bistümern auf schweizerischem Gebiete unterliegt der Genehmigung des Bundes.

I. Geschichte[1].

Art. 6 der *Helvetischen Verfassung* vom 12. April 1798 bestimmte:

«Die Gewissensfreiheit ist uneingeschränkt, jedoch muss die öffentliche Äusserung von Religions-Meinungen den Gesinnungen der Eintracht und des Friedens untergeordnet sein. Alle Gottesdienste sind erlaubt, insofern sie die öffentliche Ruhe nicht stören und sich keine herrschende Gewalt oder Vorzüge anmassen. Die Polizei hat die Aufsicht darüber und das Recht, sich nach den Grundsätzen und Pflichten zu erkundigen, die darin gelehrt werden. Die Verhältnisse einer Sekte mit einer fremden Obrigkeit sollen weder auf die Staatssachen noch auf die Aufklärung und den Wohlstand des Volkes einigen Einfluss haben.»

Wie es diese Fassung vermuten lässt, war die Freiheit der katholischen Kirche keineswegs vollständig[2].

Die *Mediationsverfassung* enthielt keine Bestimmung darüber und der *Bundesvertrag von 1815* liess ebenfalls die kantonale Kirchenhoheit uneingeschränkt fortbestehen, mit Ausnahme des § 12 (vgl. Art. 52). Die *Entwürfe von 1832* und *1833* übergingen die konfessionellen Fragen; man wollte der Bundesrevision nicht auch dieses Hindernis in den Weg legen.

Die *Revisionskommission* der Tagsatzung beantragte *1848* folgenden Art. 42:

«Die freie Ausübung der anerkannten christlichen Konfessionen im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist gewährleistet. — Den Kantonen, sowie dem Bunde bleibt vorbehalten, für Handhabung der öffentlichen Ordnung und des Friedens unter den Konfessionen die geeigneten Massnahmen zu treffen.»

---

[1]) *Salis*, Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz, Basel 1894.

[2]) Vgl. *Herzog*, Über die Religionsfreiheit in der Helvetischen Republik, 1884. *Öchsli*, Geschichte der Schweiz im 19. Jahrh., I, 157, 159, 202. *Hilty*, Helvetik, 229, 256, 283.

Der Antrag, alle Klöster und Stifte in der Eidgenossenschaft aufzuheben, wurde abgelehnt, dagegen § 12 des Bundesvertrages gestrichen, da die Eidgenossenschaft an den Klöstern kein Interesse, daher auch keine Veranlassung habe, sie zu schützen [1].

In der Tagsatzung wurde der Antrag der Kommission unverändert angenommen als Art. 44 der B. V. von 1848; aber nicht ohne Anfechtung. *Solothurn* beantragte Streichung des 2. Absatzes, da er dem Bunde nur Verlegenheiten bereiten werde. *Appenzell* wollte den ganzen Artikel streichen mit Rücksicht auf den Teilungsvertrag von 1597 zwischen den beiden Halbkantonen: «Es habe viel gebraucht und gemangelt, bis man auseinander gewesen sei; man wolle nun jetzt einmal bei dem bleiben, und die Ausübung der Konfessionen nicht mehr vermengen.» *Aargau* stellte den Antrag: «Die Gewissens- und Glaubensfreiheit, sowie die freie Ausübung des konfessionellen Gottesdienstes im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft ist gewährleistet», erhielt aber nur 5 St. Der Vorschlag *Berns:* «Der Bund soll auf Reorganisation der Bistumsverhältnisse und insbesondere auf Aufhebung des Immediatverhältnisses der schweizerischen Bistümer und Klöster hinwirken», wurde ebenfalls abgelehnt [2]. Trotzdem in den Verhandlungen der Tagsatzung der Antrag, von Bundes wegen das Recht zu gewährleisten, gemischte Ehen einzugehen, abgelehnt worden war, erklärte sich die B. Vers. kompetent, ein Gesetz über diesen Gegenstand zu erlassen, gestützt auf das Recht. die geeigneten Massnahmen zur Handhabung des konfessionellen Friedens zu treffen [3]; es entstand so das Bundesgesetz, die gemischten Ehen betreffend, vom 3. Dez. 1850 (II, 130), das durch das Nachtragsgesetz vom 3. Febr. 1862 (A. S. VII, 126), welches für gemischte Ehen das Recht auf Scheidung gewährleistete, vervollständigt wurde.

Nachdem die B. Vers. schon mit Beschlüssen vom 25. Juli 1856 und 31. Juli 1858 den B. R. eingeladen hatte, die Bestrebungen der kantonalen Behörden auf Lostrennung der Kantone Graubünden und Tessin von den Bistümern Como und Mailand zu unterstützen, bezw. die Lostrennung selber zu betreiben, fasste sie am 22. Juli 1859 den Beschluss: 1. «Jede auswärtige Episkopaljurisdiktion auf Schweizergebiet ist aufgehoben.» 2. «Der B. R. ist mit den Verhandlungen beauftragt, welche bezüglich einstweiliger Vikariate, sowie des künftigen Bistumsverbandes der betreffenden schweizerischen Gebietsteile und der Bereinigung der Temporalien erforderlich sind. — Die den künftigen Bistumsverband und die Temporalien betreffenden Übereinkünfte sind der Ratifikation der B. Vers. zu unterstellen» (A. S. VI, 300) [4].

Anlässlich der Partialrevision von 1865—1866 beantragte der B. R. in seiner Botschaft vom 1. Juli 1865 u. a., die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen nicht nur den anerkannten christlichen Konfessionen, sondern auch jeder anderen Religionsgenossenschaft innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der staatlichen Ordnung zu gewährleisten (B. Bl. 1865, III, 44). Die B. Vers. erweiterte die Bestimmung zu folgender Fassung: «Die Glaubensfreiheit ist unverletzlich. Um des

---

[1] Prot. der Revisionskomm., S. 145, 147, 175; 149, 191. Eidg. Absch. 1847, IV. 86.

[2] Eidg. Absch. 1847, IV, S. 86, 104, 245, 268.

[3] Vgl. Berichte der Mehrheit und Minderheit der N. R. K., B. Bl. 1850, III, 1, 25.

[4] Vgl. Botschaft des B. R. vom 15. Juni 1859, B. Bl. 1859, II, 81; Kommissionsberichte, ibid., 281, 287, 323, 328.

Glaubensbekenntnisses willen darf niemand in den bürgerlichen oder politischen Rechten beschränkt werden. Die freie Ausübung des Gottesdienstes ist den anerkannten christlichen Konfessionen, sowie innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und staatlichen Ordnung auch jeder andern Religionsgenossenschaft im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet.»

Der neue Verfassungsartikel wurde aber in der Volksabstimmung vom 14. Januar 1866 wie die meisten anderen verworfen, mit 162,992 gegen 157,629 Stimmen, während sich die Standesstimmen gleich gegenüberstanden [1]).

In seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 beantragte der B. R., den bisherigen Art. 44 durch folgende zwei neue zu ersetzen:

«Art. 44. «Die Gewissensfreiheit ist gewährleistet. — Niemand darf in der Ausübung der bürgerlichen oder politischen Rechte um des Glaubensbekenntnisses willen beschränkt oder zur Vornahme einer religiösen Handlung verhalten werden. — Niemand ist gehalten, für eigentliche Kultuszwecke einer Konfession oder Religionsgenossenschaft, welcher er nicht angehört, Steuern zu bezahlen. — Das Glaubensbekenntnis entbindet nicht von der Erfüllung bürgerlicher Pflichten.»

Art. 44 *a*. «Die freie Ausübung des Gottesdienstes ist innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung jeder Religionsgenossenschaft im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet. — Den Kantonen, sowie dem Bunde ....» (wie 1848).

Der B. R. sah richtig voraus, dass aus den Beschlüssen des vatikanischen Konzils konfessionelle Fehden und Konflikte zwischen Staat und Kirche entstehen würden; er glaubte, das beste Mittel, dem Angriff der Kirche zu begegnen, sei die Proklamierung der religiösen Freiheit.

Zum 3 Abs. des Art. 44 bemerkte er, jede Genossenschaft möge ihre Angehörigen selbst besteuern; der Staat könne, wo eine Ausscheidung nicht erfolgt sei, für solche Zwecke Steuern erheben, vorausgesetzt, dass sie für alle Religionsgenossenschaften gleichmässig verwendet werden. Als eigentliche Kultuszwecke betrachtete er aber weder die Kirchen, die auch politische Versammlungslokale seien, noch die Glocken, die auch für soziale und polizeiliche Zwecke verwendet werden, noch die Turmuhren, die allen Einwohnern dienen, noch die Begräbnisplätze, die oft gemeinsam benutzt werden.

In der N. R. K. fügte die politische Sektion dem b. r. Art. 44, Abs. 2 die Worte bei: «*oder diesfalls mit Strafen belegt* werden.»

Abs. 3 sollte nach ihrer Meinung den Staat nicht hindern, über die von ihm bezogenen Steuern zu verfügen, indem ja von Staats wegen manche andere Zwecke unterstützt werden, welche nicht die ungeteilte Billigung aller Bürger für sich haben. An Stelle der Worte: «welcher er nicht angehört» setzte die Kommission: «welcher er nicht anzugehören erklärt» [2]).

Die St. R. K. setzte anstatt «Gewissensfreiheit» «Glaubens- und Gewissensfreiheit» und im 4. Abs. (Erfüllung bürgerlicher Pflichten) anstatt das «Glaubensbekenntnis» die «Glaubensansichten»; es handle

---

[1]) B. Bl. 1866, I, 120. *Blumer-Morel*, I, 160. *Langhard*, Die Glaubens- und Kultusfreiheit nach schweiz. Bundesrecht. Bern 1888, 22 f.

[2]) Prot. der N. R. K. 1876. S. 39, 132, 133 ff.

sich hier nicht um eigentliche Dogmata, sondern nur um die Leistung der Militärpflicht und die Schwörung von Eiden. Im N. R. wurde darauf hingewiesen, dass, man es hier vorzugsweise mit individuellen Ansichten, nicht mit hergebrachten Glaubensbekenntnissen zu tun habe. Im 3. Absatz (Kultussteuern) wurde wieder die b. r. Fassung hergestellt: «welcher er nicht angehört», damit nicht Personen sich durch die blosse Erklärung der Steuer entziehen können, während sie tatsächlich die kirchlichen Einrichtungen in Anspruch nehmen. Dagegen wurde der Antrag, im 2. Absatz die Worte einzuschalten: «für seine Person», abgelehnt; es sollte damit das Recht der Eltern, ihre Kinder irreligiös zu erziehen, ausgeschlossen werden. Es galt damals über die religiöse Erziehung von Kindern aus gemischten Ehen Art. 6 des Bundesgesetzes die gemischten Ehen betreffend, vom 3. Dez. 1850 (A. S. II, 130): «Über die Religion, in welcher die Kinder aus gemischten Ehen zu erziehen sind, entscheidet der Wille des Vaters. Hat der Vater vor seinem Ableben von diesem Rechte keinen Gebrauch gemacht, oder ist er aus irgend einem Grunde zu der Ausübung der väterlichen Gewalt nicht befugt, so ist der Wille derjenigen Person oder Behörde massgebend, die sich im Besitze der väterlichen Gewalt befindet.»

Zum 2. Absatz des Art. 48 (Kultusfreiheit) beantragte *Keller* die Worte anzufügen: «sowie gegen Eingriffe kirchlicher Behörden in die Rechte der Bürger und des Staates».

Der N. R. stimmte bei Art. 47 der St. R. K. zu, wies aber den 3. Abs. (Kultussteuern) an die Kommission zu deutlicherer Fassung zurück, da man darüber einverstanden zu sein scheine, dass darunter allgemeine Staatssteuern, also auch solche zur Bestreitung der Bedürfnisse der Nationalkirche, nicht gemeint sein sollen.

Abgelehnt wurde der Antrag, statt «Steuern» «*persönliche* Steuern» im Gegensatz zu Liegenschaftssteuern zu setzen. Abs. 3 erhielt die heutige Fassung mit Ausnahme des Wortes: «eigentliche» vor «Kultuszwecke», das der St. R. aufgenommen wissen wollte. Die N. R. K. erklärte dies als überflüssig; von anderer Seite wurde aber bemerkt, es könnten sich z. B. Anstände darüber erheben, ob an Friedhöfe auch gesteuert werden müsse oder nicht, während nach der Meinung der Kommission solche Ausgaben nicht unter förmliche Kultuszwecke rubriziert werden könnten. «*Eigentliche Kultuszwecke*» seien solche, im engern Sinne des Wortes, sofern dafür Steuern allein erhoben werden, und nicht solche, welche in den übrigen Staatssteuern inbegriffen seien. Die beiden Ausdrücke «speziell» und «eigentliche» bedeuten daher nicht dasselbe. Der St. R. trat diesem Beschlusse bei[1]).

Art. 48 (Kultusfreiheit) wurde ebenfalls gemäss den Anträgen der St. R. K. und zwar unverändert angenommen. Der einschränkende Antrag *(Wuilleret)* zu Abs. 2: «Ebenso hat der Bund das Recht und die Pflicht, die Rechte der kirchlichen Behörden und diejenigen der Bürger in religiösen Angelegenheiten gegen die Eingriffe der kantonalen Regierungen zu schützen» wurde verworfen, und desgleichen die Anträge: «Der Bund gewährleistet und anerkennt kein anderes Recht und keine anderen Gesetze als solche, welche nach den Verfassungen des Bundes

---

[1]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 231—236, 309, 553—554. Prot. des St. R. vom 7. Febr. 1872.

und der Kantone zustande gekommen sind» *(Kaiser)*. «Der Bund anerkennt den Sonntag als öffentlichen Fest- und Ruhetag» *(Peyer)*[1]).

Der St. R. bestätigte auch hier den Beschluss des N. R.[2]).

Die Botschaft des B. R. vom 4. Juli 1873 brachte erheblich erweiterte Anträge. Art. 48 lautete nach seinem Vorschlag wie heute, mit dem Unterschied, dass in Abs. 2 die Worte: «oder wegen Glaubensansichten mit Strafen belegt» als überflüssig weggelassen waren, Abs. 3 (religiöse Erziehung) ganz fehlte und Abs. 4 (Ausübung bürgerlicher Rechte) anders redigiert war.

Die N. R. K. beantragte, die 3 ersten Absätze wörtlich so zu fassen wie heute (Art. 49). Als Abs. 3 schlug sie vor: «Die Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte darf durch keinerlei Vorschriften, Bedingungen oder *Gelübde* kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden», und als Abs. 6: «Niemand ist gehalten, Steuern zu bezahlen, die für Kultuszwecke einer Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, auferlegt werden. Die nähere Ausführung dieses Grundsatzes ist der Bundesgesetzgebung vorbehalten.»

Ein Mitglied der Kommissionsmehrheit führte aus, die Kommission wolle, dass die Gewissensfreiheit auch im *Innern* der Konfessionen respektiert werde und dass auch innerhalb der Konfession die Beobachtung der kirchlichen Vorschriften nicht erzwungen werden dürfe. Die Religion habe nur durch ihre Lehre zu wirken. Deshalb müsse die Suprematie des Staates anerkannt werden, was die Kirche nicht tue, indem sie alle möglichen Strafarten, Warnungen, Bussen, Versetzung in den Emeritenstand, Absetzung, excommunicatio minor et major zur Anwendung bringe, von denen letztere auch die bürgerliche Ehre des Menschen berühre, indem die Gläubigen mit dem Exkommunizierten allen Verkehr abzubrechen haben *(Anderwert)*.

Von anderer Seite wurde im gleichen Sinne bemerkt: Der Staat solle darüber wachen, dass von den Konfessionen keine Strafen verfügt werden, welche bürgerliche Folgen nach sich ziehen würden, während anderseits die Konfession ihre Disziplinargewalt behalte und die Requisite eines Konfessionsverwandten aufstellen könne[3]).

Kaiser meinte, es frage sich hauptsächlich nur, ob mit diesen Strafen eine gewisse Öffentlichkeit verbunden sei oder nicht; im ersteren Falle wäre auch die Verweigerung der Absolution und des Abendmahles nicht zu dulden.

Der N. R. gab dem Artikel die heutige Fassung[4]).

Im St. R. schlug die Kommissionsminderheit vor, im 2. Absatz statt «Strafen irgend welcher Art» zu sagen: «mit bürgerlichen Strafen»; Mitglieder des Rates: «mit Strafen, welche die bürgerliche Stellung beeinträchtigen können» oder «welche die bürgerliche Stellung oder das Vermögen» oder «die bürgerliche Stellung, das Vermögen oder die Ehre beeinträchtigen könnten». Wie bereits im N. R., wurde auch hier vorgeschlagen, in Abs. 3 die vormundschaftliche Gewalt unerwähnt zu

---

[1]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 236—249, 554. *Bulletin*, S. 333 ff.

[2]) Prot. des St. R. vom 8. Febr. 1872; *Bulletin*, S. 356 ff. Der Antrag, der Bund habe den Sonntag als öffentlichen Ruhetag anzuerkennen, wurde auch hier verworfen.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 137, 138.

[4]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 152, 133—161, 171 f.

lassen. Diese Anträge wurden jedoch abgelehnt, indem der St. R. schliesslich dem N. R. zustimmte[1]).

Als Art. 49 hatte der B. R. vorgeschlagen: «Innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung geniesst jeder Bürger zur Ausübung seiner Religion die gleiche Freiheit, sowie den gleichen Schutz für seinen Gottesdienst.»

Abs. 2 = heute ausser: «sowie gegen Übergriffe über die Grenzen des staatlichen und religiösen Gebietes.»

Abs. 3: «Anstände aus dem öffentlichen oder Privatrechte, welche über die Trennung und Neubildung von Religionsgenossenschaften gegenüber den Kantonen entstehen, entscheidet der Bund.»

Abs. 4 = heute.

Von der Darlegung der verschiedenen Grundansichten über das Verhältnis von Staat und Kirche sei hier abgesehen. Die Mehrheit war der Ansicht; dass man die Regelung dieses Verhältnisses nicht ganz der kantonalen Souveränität anheimgeben könne, und dass von Bundes wegen Grundsätze zur Wahrung der Suprematie des Staates aufgestellt werden müssen. Die Kultusfreiheit nur der evangelischen und katholischen Konfession, wie von verschiedener Seite vorgeschlagen wurde, oder nur in ihrem bisherigen Besitzstande, wie *Segesser* beantragte, zu gewährleisten, lehnte die Mehrheit des N. R. ab. Ebenso aber die Vorschrift eines wissenschaftlichen Ausweises für Geistliche, die Beschränkung der Feiertage von Bundes wegen und die Aufhebung der Nuntiatur. Erwähnt seien noch die Ablehnung des Antrages: «Ansprüche neu sich bildender Religionsgenossenschaften an die dermal bestehenden Kirchengüter der katholischen und evangelischen Konfession entscheidet das Bundesgericht», im Gegensatz zur politischen Seite der Frage, welche Sache der politischen Behörde bleiben sollte; und die Kontroverse, ob das Vereinsrecht (Art. 56) sich auf die kirchlichen Genossenschaften beziehe[2]). An Stelle der Worte: «sowie gegen Übergriffe über die Grenzen des staatlichen und religiösen Gebiets», die der St. R. streichen wollte, wurde in späterer Beratung wieder die Fassung von 1872 gesetzt und definitiv angenommen[3]).

II. Auslegung.

A. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit. Art. 49[4]).

1. Der Begriff. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist das Recht des Einzelnen gegenüber dem Staate, keinen Zwang in seiner religiösen Überzeugung zu erleiden. Sie bezieht sich auf die Überzeugung in religiösen Dingen, wie die Absätze 2 und ff. des Art. 49 zeigen, sei die

---

[1]) Ebds. 140, 337 ff., 369, 371, 379.

[2]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 133—158, 173.

[3]) Ebds. 340, 369, 257, 372.

[4]) *Salis*, Die Religionsfreiheit in der Praxis, Vortrag, Bern 1892. *Salis*, Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz, Basel 1894. *G. Vogt*, Bundesrecht, Vorlesung im Winter-Sem. 1889/1890. Religionsfreiheit. Als Manuskript gedruckt. *Gareis* und *Zorn*, Staat und Kirche in der Schweiz, 2 Bde., 1877. *Langhard*. Die Glaubens- und Kultusfreiheit nach schweiz. Bundesrecht, Bern 1888. *David Streiff*, Die Religionsfreiheit und die Massnahmen der Kantone und des Bundes gemäss Art. 50, Abs. 2, der B. V., Diss., Zürich 1895. *Blumer-Morel*, I, 419 ff. *Dubs*, II, 151. *Salis*, Schweizerisches Bundesrecht, 1. Aufl., Bd. II, Nr. 679 ff., 2. Aufl., Bd. III, S. 1.

Überzeugung eine positive oder eine negative. Die religiöse Überzeugung betrifft das Verhältnis des Menschen zu Gott, also eine auf die Person des Einzelnen beschränkte Art des Denkens und Fühlens, und ist daher ihrer Natur nach dem direkten äusseren Zwang entzogen, im Gegensatz zum Verhältnis der Einzelperson zu anderen Personen, das der Regelung durch Zwangsnormen zugänglich ist. Zum Verständnis der Glaubens- und Gewissensfreiheit ist von dieser grundlegenden Unterscheidung auszugehen: die Normierung des Verhältnisses unter Menschen ist Sache des Staates und seiner Rechtsgesetzgebung; Art. 49 erklärt von dieser Zwangsnormierung nur frei das innere Verhältnis des Einzelnen zu Gott und seine Überzeugung darüber, seinen Glauben. Auf dem Gebiet des Glaubens soll jeder Zwang seitens einer staatlichen oder kraft staatlicher Delegation handelnden Obrigkeit ausgeschlossen sein; ein indirekter Zwang ist insofern möglich, als jemand *direkt* zu einem *äusseren* Verhalten gezwungen werden kann, welches die innere Zustimmung zu einer religiösen Überzeugung voraussetzt und ausdrückt, oder *indirekt* von seiner religiösen Überzeugung abgedrungen werden kann. Die Glaubens- und Gewissensfreiheit ist also ein rein negativer Rechtssatz, Abhaltung fremder Einmischung in Sachen, die dem forum internum angehören. Damit ist allerdings das positive Recht gegeben, eine religiöse Überzeugung zu haben, sich seine Überzeugung selber zu bilden und seinen Glauben zu ändern; nicht aber das Recht, diese Überzeugung durch Wort und Schrift zu verbreiten und ihr in gottesdienstlichen Handlungen Ausdruck zu geben. Dieses ist durch die Kultusfreiheit besonders gewährleistet (Art. 50); jenes aber ist m. E. im eigentlichen Begriff der Glaubens- und Gewissensfreiheiheit nicht enthalten und durch die B. V. nicht unbedingt und unbeschränkt gewährleistet. Die Verbreitung der religiösen Wahrheit, wie auch die Bekämpfung des Irrtums, geht über die persönliche Freiheit des Glaubens hinaus. Mag auch die Mitteilung religiöser Wahrheit als eine religiöse Pflicht empfunden werden, so begründet sie doch ein Verhältnis unter Menschen, das als solches dem obersten Zwangsgesetz des Staates unterstellt sein muss. Während dem Staate jede Einwirkung auf das innere religiöse Leben des Einzelnen untersagt ist, muss das Verbreiten religiöser Ansichten je nach der Form, deren es sich bedient, dem Pressrecht, dem Vereins- und dem Versammlungsrecht oder sonstigen Polizeivorschriften unterstellt sein.

2. Die freie Äusserung religiöser Ansichten. Die freie Äusserung religiöser Ansichten ist bundesrechtlich nirgends ausdrücklich garantiert. Eine gottesdienstliche Handlung ist die Mitteilung religiöser Lehren nicht, nicht sowohl weil ein Lehrvortrag nicht auch zum Gottesdienst gehören könnte, als weil der Kultus, wie ihn Art. 50 B. V. versteht, nur unter Glaubensgenossen stattfindet, während hier vorausgesetzt ist, dass die Mitteilung auch an Andersgläubige gerichtet ist. Es könnte nun mit guten Gründen behauptet werden, die Freiheit religiöser Meinungsäusserung sei bundesrechtlich nur in dem Masse garantiert, als die Freiheit der Meinungsäusserung überhaupt bestehe, kraft anderweitigen Bundesrechts, namentlich Pressfreiheit, oder kraft kantonalen Rechtes (z. B. Garantie freier Meinungsäusserung, Versammlungsrecht); die Absätze 2 u. 4 des Art. 49 liessen sich ohne Zwang dahin auslegen. Es scheint mir trotzdem, in Übereinstimmung mit allen bisher geäusserten

Ansichten[1]), richtiger, anzunehmen, dass mit den Art. 49 und 50 auch das Recht religiöser Meinungsäusserung und somit auch religiöser Kritik gewährleistet werden wollte, weil die B. V. eine so komplizierte Regelung des Verhältnisses, wie sie im andern Fall bestünde, kaum beabsichtigte. Es ist somit anzunehmen, dass die freie Äusserung religiöser Meinungen durch Art. 49 B. V. garantiert ist, obgleich sie nicht zum engeren Begriff der Religionsfreiheit gehört, und ferner, dass sie sich, wie jene andere Äusserung religiösen Lebens, der Gottesdienst, innerhalb den Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung zu bewegen habe.

Die Verbreitung positiver Lehren hat zu wenig Anständen Anlass gegeben.

Im Falle Loosli beanspruchte der Rekurrent für einen von ihm gehaltenen Vortrag über den Mormonismus den Charakter einer gottesdienstlichen Handlung. Der B. R. führte in seinem Entscheide vom 7. Okt. 1887[2]) aus, die Glaubens- und Gewissensfreiheit könne nicht gedacht werden, ohne das Recht des Individuums, äusserlich, durch Worte und Handlungen, seine religiöse Meinung zu offenbaren, und insofern eine Handlung ihren Grund im religiösen Glauben des Individuums habe, könne sie als eine gottesdienstliche gelten; was beides anfechtbar ist. Die in Art. 50 gesetzte Schranke gelte für jede Äusserung des religiösen Glaubens. Die Lehre der Vielweiberei stehe aber mit dem in unserm Lande herrschenden Begriffe der Sittlichkeit im Widerspruch und widerstreite der öffentlichen Ordnung unseres Staates. Der Rekurs gegen die strafrechtliche Verurteilung wurde auf Grund der Art. 49 und 50 abgewiesen. M. E. waren diese Bestimmungen gar nicht anwendbar: da die monogame oder polygame Ehe das Verhältnis der Menschen unter sich und nicht bloss das innere Verhältnis des Menschen zu Gott betrifft, kann die Mormonenlehre in diesem Punkt nicht als eine religiöse gelten, auch wenn die Mormonen die Polygamie als eine religiöse Institution hinstellen. Es kann nicht von der subjektiven Ansicht des Einzelnen abhängen, ob eine Äusserung oder eine Handlung als eine religiöse oder nicht als eine religiöse zu betrachten sei, sondern allein von der B. V. selbst.

Die Heilsarmee konnte dagegen für ihre Propaganda, auch sofern sie nicht in gottesdienstlichen Handlungen bestand, den Schutz des Art. 49 B. V. anrufen, z. B. öffentliche Aufzüge, Gebrauch lärmender Instrumente, Einladungen zu öffentlichen Versammlungen, Geldsammlungen und Verkauf religiöser Schriften, denn was sie dadurch zu verbreiten suchte, war eine religiöse Lehre und Lebensanschauung; aber nur innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung (hierüber s. unten). *Salis*, III, S. 11 ff.

Schwieriger ist es, die Grenzen erlaubter *Kritik* in religiösen Dingen zu ziehen[3]). Kritik und positive Lehre sind von einander nicht zu trennen; jede Lehre stellt sich in Gegensatz zu den andern und behauptet sich durch die Verneinung der andern; die Behauptung hätte

---

[1]) Vgl. indessen *Streiff*, S. 8 ff., 77.

[2]) B. Bl. 1887, IV, 180; *Salis*, III, Nr. 987 u. 991. In der Mariahilf-Rekurssache äusserte sich der B. R. ebenfalls dahin, ein öffentlicher Vortrag über den Altkatholizismus sei keine „Kultushandlung". B. Bl. 1873, II, 1077.

[3]) *Leo Villiger*, Die Religionsdelikte, Diss., Bern, 1894. *Stooss*, Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, II. Bd., 1893, S. 182 ff.

keinen Wert ohne die Möglichkeit der Kritik. Ist das eine gewährleistet, so kann das andere nicht verboten sein. Das Recht der Kritik ist daher ebenfalls eine Konsequenz der Glaubens- und Gewissensfreiheit i. w. S., und zwar auch wenn sie zur Verneinung jeder religiösen Anschauung dient.

Dem Recht der freien Meinungsäusserung auch in der Kritik steht das religiöse Gefühl gegenüber; es fragt sich, ob es den Kantonen gestattet ist, zum Schutze dieses Gefühls die religiöse Kritik in gewisse Schranken zu weisen. Wenn jede positive religiöse Meinung verbreitet werden darf, muss auch jede kritisiert werden dürfen; die Frage ist also nicht, ob die Kritik dem *Gegenstand* nach eingeschränkt werden darf, sondern nur, ob jede *Art*, zu kritisieren, zugelassen werden muss. Die noch so grundlose und unverständige Kritik einer wissenschaftlichen oder politischen Lehre kann deren Anhänger nicht persönlich verletzen; auch dann nicht, wenn sich der Kritiker der verwerflichsten Mittel bedient, um die Leser oder Zuhörer auf seine Seite zu bringen. Gegen solche unlautere Waffen im Kampf um die Wahrheit gibt es keinen gerichtlichen Schutz. Die religiöse Überzeugung ist aber mit der Person des Einzelnen viel enger verwachsen; wenn sie angegriffen wird, fühlt sich jeder Anhänger derselben angegriffen und jeder fühlt sich gekränkt, wenn sie verspottet und besudelt wird; es bedarf einer hohen Charakterbildung und ungewöhnlicher Selbstbeherrschung, um solche Angriffe objektiv zurückzuweisen oder sie im Bewusstsein ihrer Nichtswürdigkeit zu ignorieren. Wenn der Staat sich auf den Standpunkt völliger Indifferenz gegenüber religiösen Ansichten und religiösen Bedürfnissen stellen wollte, müsste er allerdings auf religiösem Gebiet, wie auf anderen, jede Meinung zu äussern und jede Art, sie zu äussern, gestatten. Zieht man aber die ganze Stellung, die die B. V. gegenüber der Kirche eingenommen hat, die Empfindlichkeit des religiösen Gefühls und das Bestreben der B. V., den konfessionellen Frieden zu wahren, in Betracht, erwägt man endlich, dass es sich nicht darum handelt, irgend eine Meinung zu unterdrücken, sondern nur jene Kampfmittel, deren sich ein anständiger Mensch nicht bedient, so kommt man zum Schluss, dass es den Kantonen nicht verboten ist, Verletzungen des religiösen Gefühls durch Angriffe auf religiöse Lehren und Einrichtungen zu bestrafen, sofern sie in einer Weise ausgeführt werden, welche mit der Achtung vor fremder Überzeugung unvereinbar ist[1]) (vgl. Art. 164 und 166, 19°, des B. Ges. über die Strafrechtspflege für die eidg. Truppen, vom 27. Aug. 1851. A. S., II, 606). Selbstverständlich ist, dass es sich nur um Verletzungen des religiösen Gefühls durch Äusserungen oder Handlungen, die in der Öffentlichkeit getan werden, handeln kann; wer mit einem rohen Menschen über religiöse Dinge spricht, muss sich nicht auf eine zarte Kritik gefasst machen; das Privatgespräch ist frei. Es darf also keinesfalls die Gotteslästerung als solche, sondern nur die auf dem Gebiete der Öffentlichkeit begangene Verletzung des religiösen Gefühls bestraft werden; auch die öffentlich verkaufte Druckschrift und namentlich die Zeitung gehört dem Gebiete der Öffentlichkeit an. Sache

---

[1]) Gl. A. *Stooss*, Grundzüge. II, 183. *Villiger*, 32. *Vogt*, 3. *Salis*, Religionsfreiheit, 35. Natürlich ist die Äusserung der Ansicht strafbar, wenn sie sich einer strafbaren Form bedient, z. B. Sachbeschädigung; es liegt aber dann kein Religionsdelikt vor. A. M. *Streiff*, S 70—72, 79, der aber den Gegenstand des Rechtsschutzes nicht richtig auffasst.

des kantonalen Gesetzgebers ist es, zu entscheiden, ob nicht die vollständige Freiheit diesem strafrechtlichen Schutze vorzuziehen ist. Es war daher unrichtig, die Beschwerde des Luzerners, der im Privatgespräch in seiner eigenen Brennhütte in etwas drastischer Weise seine Ansicht über die Muttergottes zum besten gab und deswegen bestraft wurde, abzuweisen; B. R. B. vom 14. Okt. 1892 i. S. Felder (B. B. 1893, II, 65; *Salis*, III, Nr. 1003)[1]. Dagegen ist die abweichende Entscheidung des B. R. vom 15. Febr, 1875 i. S. Dupré begründet, und der gegenteilige B. B. vom 17. Sept. 1875 unbegründet. D. wurde nämlich wegen Heiligtumsentweihung (sacrilège) verurteilt, weil er zwei Frauenspersonen auf offener Strasse religiöse Medaillen vom Halse riss und darüber grobe Schmähungen aussprach[2].

Im Falle Wackernagel handelte es sich um einen die Einrichtungen und Gebräuche der katholischen Kirche lächerlich machenden Zeitungsartikel; der B. R. hob die Verurteilung auf, wohl mit Unrecht, obschon das kantonale Strafgesetz engherzig erscheint; B. R. B. vom 23. Januar 1886 (B. Bl. 1886, I, 63); *Salis*, Nr. 1002; *Villiger*, 29.

Eine Anzahl kantonale Strafgesetzbücher bedrohen mit Strafe die öffentliche oder öffentliches Ärgernis erregende Gotteslästerung und die öffentliche oder öffentliches Ärgernis erregende Beschimpfung oder Verspottung von Gegenständen der Verehrung oder von religiösen Lehren, Einrichtungen oder Gebräuchen; die meisten bestrafen die gleiche Handlung, begangen an Gebäuden, die dem Gottesdienst gewidmet sind, und an geweihten Gegenständen, und alle enthalten Bestimmungen gegen Störung des Gottesdienstes[3].

Der Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch, vom Juni 1903, bestraft die «Störung des Religionsfriedens» wie folgt in Art. 183: «Wer einen Gottesdienst oder eine gottesdienstliche Handlung absichtlich stört oder hindert, — wer einen Gegenstand, der zum Gottesdienst oder zu einer gottesdienstlichen Handlung bestimmt ist, während er seiner Bestimmung dient oder am Ort seiner Bestimmung verunehrt, — wird mit Busse bis zu 5000 Franken oder mit Gefängnis bestraft[4].»

3. **Verhältnis der Glaubens- und Gewissensfreiheit zur bürgerlichen Rechtsordnung.** Wenn Absatz 5 des Art. 49, wonach Glaubensansichten nicht von der Erfüllung der bürgerlichen Pflichten entbinden, in der Meinung aufgestellt wäre, dass der Staat durch seine Gesetze die bürgerlichen Pflichten vollkommen frei solle bestimmen können, so läge darin ein Widerspruch mit Abs. 1. Dies ist aber nicht die Meinung:

---

[1]) *Stooss*, Die Straflosigkeit von Glaubensansichten, Zeitschr. f. schweiz. Strafrecht, V, 515.

[2]) B. Bl. 1875, I, 361; IV, 335, 450; 1876, II, 278. *Salis*, III, Nr. 1000. ***Langhard***, 60, ist gl. A. Das kantonale Urteil brauchte nicht deshalb aufgehoben zu werden, weil die angewendete kant. Gesetzesbestimmung nicht mehr im ganzen Umfange nach Annahme der neuen B. V. fortbestehen konnte; denn es genügte, dass sie in der eben gemachten Anwendung verfassungsmässig war. Infolgedessen wurde auch ein späteres Urteil, das sich auf die gleiche Gesetzesstelle stützte, aufgehoben. Der Fall konnte als zweifelhaft gelten. *Salis*, a. a. O., Nr. 1001.

[3]) Vgl. bei *Stooss*, Die schweiz. Strafgesetzbücher, S. 413—419, und ***Villiger***, 39 ff., 64 ff., 75 ff.

[4]) *K. Müller*, Die Religionsverbrechen im Entwurf zu einem schweiz. St. G. B., Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, XVII, (1904) 10; *C. Stooss*, Die Religionsdelikte im schweiz. Strafgesetzesentwurf, ibid., S. 163.

der Staat soll grundsätzlich oberster Gesetzgeber bleiben über alle Beziehungen der Einzelnen untereinander, unter Vorbehalt der Freiheit des Kultus und der religiösen Meinungsäusserung. Bürgerliche Pflichten sind nur solche, die sich auf das äussere Verhalten der Menschen unter sich beziehen, nicht aber solche, die zugleich einen direkten oder indirekten Zwang der religiösen Überzeugung in sich schliessen. Unter diesem und den oben gemachten Vorbehalten muss sich aber das Gesetzgebungsrecht des Staates auf jedes gesellschaftliche Verhältnis der Menschen beziehen.

Es ist daher keine Frage, dass der Staat ausschliesslich bestimmen muss über militärische Einrichtungen, über öffentlichen Unterricht, über Gerichtswesen, über Ausübung von Gewerbe und Handel u. s. w., und dass er dem Einzelnen nicht zugestehen kann, nach seinem Gewissen zu handeln, ohne, wenigstens grundsätzlich, die Möglichkeit einer gesellschaftlichen Ordnung preiszugeben [1]. Wer erkannt hat, dass es auf einem Staatsgebiete nur *eine* gesellschaftliche Ordnung geben kann und dass die Rechtsordnung vom Einzelnen nicht die innere Zustimmung zu den staatlichen Gesetzen verlangt, wird die Befolgung dieser Gesetze auch nicht als ein Handeln gegen bessere Überzeugung betrachten. Die Bundesbehörden hatten sich mehrmals mit Wehrpflichtigen zu befassen, die aus religiösen Gründen den Militärdienst verweigerten: ihre Berufung auf die Glaubens- und Gewissensfreiheit wurde abgewiesen; sie hätte auch ohne Art. 49, Abs. 5, abgewiesen werden müssen [2]. Eine Anzahl Beschwerden über angebliche Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit durch das Verhalten zum Schulbesuch an religiösen Feiertagen wurden im gleichen Sinne erledigt; B. R. B. vom 3. Juni 1881 i. S. Chappuis (B. Bl. 1882, II, 766): Schulbesuch an einem kathol. Feiertage; B. R. B. vom 6. Juli 1874, bestätigt durch B. B. vom 8. Dez. 1874 i. S. Guggenheim (B. Bl. 1874, III, 267, 1090): Schulbesuch am Sabbath; B. R. B. vom 22. Januar 1895 i. S. Meyrat (B. Bl. 1895, I, 101): Schulbesuch am Samstag für Adventisten. Auch die Kadettenübungen wurden als obligatorisch erklärt mit Rücksicht auf Art. 81 der Mil.-Org. vom 13. Nov. 1874, B. R. B. v. 24. Aug. 1877 (B. Bl. 1878, II, 566), *Salis*, V, Nr. 2474—2477. Vgl. den umgekehrten Fall im b. ger. Urteil vom 20. Juni 1874 i. S. Segesser, XX, 270, wo der Rekurrent behauptete, es sei seine religiöse Pflicht, nicht nur am Sabbath zu ruhen, sondern auch am Sonntag zu arbeiten [3]. Auch wenn der Militärdienst oder der Schulbesuch die Abhaltung des Gottesdienstes an den dafür bestimmten Tagen einzelner Konfessionen verunmöglicht, ist er verfassungsmässig, denn auch die Kultusfreiheit ist nicht über die Erfüllung der bürgerlichen Pflichten gestellt. Noch viel weniger sind positive Tätigkeiten von den allgemeinen, beschränkenden Polizeivorschriften befreit, wie das Einsammeln von Beiträgen für religiöse Zwecke, das Kolportieren religiöser Schriften: B. Ger. vom 20. Febr. 1886 i. S. Schaaff u. Kons., XII, 108;

---

[1]) *Aug. Keller* sagte mit Recht 1872 im St. R. von dieser Bestimmung, sie sei die einzige Ausnahme vom Grundsatze der Gewissensfreiheit; sie liege aber in der Natur der Staatsgesellschaft und sei darum notwendig. *Bulletin*, S. 359.

[2]) Die Weigerung des Militärdienstes ist nach Art. 97 des Bundesgesetzes über die Strafrechtspflege für die eidg. Truppen, vom 17. Aug. 1851, strafbar; vgl. *Salis*, III, Nr. 998; B. Bl. 1904, I, 784.

[3]) *Salis*, III, Nr. 1068: Subvention des am Sonntag erteilten gewerblichen Unterrichts durch den Bund.

Vogt, S. 2, vgl. unter «Kultusfreiheit» die über die Heilsarmee ergangenen Entscheidungen.

Abs. 4. Auch Abs. 4 des Art. 49 behandelt das Verhältnis des religiösen Gebietes zum Gebiete des staatlichen Rechts. Wie weit der Grundsatz der Glaubens- und Gewissensfreiheit die Freiheit des Gesetzgebers beschränkt, ist hier, wie in Abs. 5, mehr vorausgesetzt als ausgesprochen.

a. Religiöse Vorschriften. Dass religiösen oder kirchlichen Vorschriften neben den Normen der Staatsgesetze keine *rechtliche* Geltung zukommt, brauchte kaum gesagt zu werden; es liegt in der Natur der Rechtsordnung selbst, dass sie keine zweite neben sich duldet. Es kann daher als erster, aus Abs. 4 fliessender Rechtssatz festgehalten werden, dass religiöse oder kirchliche Vorschriften, d. h. durch andere als durch staatliche Obrigkeiten oder kraft staatlicher Delegation aufgestellte Vorschriften gegenüber der Rechtsordnung unverbindlich sind, nur vor dem forum internum gelten. Hierher gehörten z. B. die nach kanonischem Rechte eintretenden Beschränkungen der Handlungs- und Vermögensfähigkeit als Folge der Klostergelübde.

b. Staatliche Vorschriften religiöser Natur. Ferner sollen staatliche Vorschriften im Gebiete des bürgerlichen Rechtes (im Gegensatz zu den innern Angelegenheiten einer staatlich anerkannten Religionsgenossenschaft) den konfessionellen Unterschieden der Bürger keine rechtlichen Wirkungen beimessen, weder Vorteile noch Nachteile[1]. Es ist das zwar nur eine besondere Anwendung der Rechtsgleichheit; eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit liegt darin nicht sowohl als eine Verletzung der Gleichheit vor dem Gesetz und der freien Ausübung anderweitig garantierter Rechte, z. B. der Gewerbefreiheit. Das Bundesgericht erklärte mit Urteil vom 19. März 1902 i. S. Sonderegger, die Handlungs- und Vermögensfähigkeit könne nicht durch Staatsgesetz wegen Eintritt in ein Kloster beschränkt werden[2].

M. E. war auch der im b. ger. Urteil vom 19. Sept. 1901 entschiedene Fall Vogel, XXVII, 345, in gleicher Weise zu beurteilen: die Vorschrift, dass die 24stündige Frist zur Verhörung Arrestierter um einen Tag verlängert wird, wenn ein katholischer Festtag beginnt, widerspricht dem Art. 49, Abs. 4, B. V. Nicht aber die Ablehnung eines Richters, weil er Taufpate einer Partei ist. *Salis,* III, Nr. 989.

Das B. Ger. hat ebenfalls, gestützt auf Art. 49, Abs. 4, entgegen der früheren Praxis der Bundesbehörden, den Ausschluss der Geistlichen vom Stimmrecht als verfassungswidrig erklärt; B. Ger. v. 1. Febr. 1875 i. S. Pedrini e Forini, I, 273. Die Entscheidung ist gewiss gegenüber Geistlichen, die nicht Staatsbeamte sind, richtig; gegenüber den vom Staate angestellten aber muss der Kanton kraft seiner Amtshoheit, hier wie anderwärts, über Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit dieses Amtes mit andern verfügen können; es liegt darin eine mit der Institution der Landeskirche als Staatsanstalt gegebene Beschränkung der Freiheit des

---

[1]) *Aug. Keller* bemerkte 1872 im St. R.: „Nach diesen Bestimmungen dürfen die Glaubensansichten eines Staatsangehörigen dessen politische oder bürgerliche Rechte in keiner Weise hemmend oder einschränkend bedingen.“ *Bulletin,* S. 347.

[2]) B. Ger. XXVIII, I, 18: Verweigerung, eine Erbschaft einer Klosterfrau zu verabfolgen; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, XVIII, 241, 244.

Einzelnen. Was die Wählbarkeit betrifft, so muss den Kantonen das gleiche Recht zugestanden werden wie dem Bund (Art. 75, 96, 108 B. V.), nämlich die Geistlichen nicht wählbar zu erklären [1].

c. *Feiertagsordnung.* Ähnlich ist die Frage der Feiertagsordnung zu beurteilen. Das Verbot, am *Sonntag* zu arbeiten, ist zulässig, wie in konstanter Praxis erkannt wurde, da diese Vorschrift nicht nur eine religiöse, sondern auch eine soziale Bedeutung habe; *Ullmer,* II, Nr. 834, vgl. das zitierte b. ger. Urteil, XX, 270; *Salis,* III, Nr. 1010, und die unter Nr. 1012, I, erwähnten Entscheidungen des B. R. betr. Schliessung der Kramläden an Sonn- und Festtagen; vgl. die Entscheidung des B. R. vom 28. Nov. 1878 i. S. Niquille (B. Bl. 1879, II, 604), welche die Bestimmung, dass beim Gemeindspräsidenten *oder* beim Pfarrgeistlichen die Ermächtigung zu ausserordentlichen Arbeiten eingeholt werden kann, unbeanstandet liess; *Salis,* ibid. Nr. 1012, II. Der Bund selber hat den Gewerbebetrieb Sonntags verboten oder eingeschränkt auf denjenigen Gebieten, wo er die Gewerbepolizei ausübt, so in Art. 14 des Fabrikgesetzes vom 27. März 1877; Art. 6—9 des B. Ges. betr. die Arbeitszeit beim Betriebe der Eisenbahnen und anderer Verkehrsanstalten, vom 10. Dez. 1902; Art. 5, Abs. 6, des B. Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen, vom 29. März 1893, und § 55 des Transportreglements vom 11. Dez. 1893; Art. 19 des B. Ges. über Ausgabe und Einlösung von Banknoten, vom 8. März 1881; ferner O. R. Art. 90, 91, 819, 827, Ziff. 11; O. G. Art. 41, Abs. 2; Betreibungsgesetz Art. 31, Abs. 3; eidg. C. P. O. vom 22. Nov. 1850, Art. 73.

Fraglich könnte nur erscheinen, ob nicht privaten Gewerbetreibenden freigestellt werden sollte, einen andern Tag in der Woche zu feiern; eine Verletzung der Religions- oder Kultusfreiheit bedeutet indessen die Pflicht, am Sonntag zu ruhen, nicht, da es jedermann freisteht, auch an einem andern Tag die Arbeit einzustellen; da die Vorschrift nicht bloss auf religiösen Motiven beruht, kann es sich bloss um Verletzung der Gewerbefreiheit durch unzulässige polizeiliche Einschränkungen handeln [2].

Konsequenterweise müsste das Verbot der Arbeit und anderer Tätigkeit gerade *während der Stunden des Gottesdienstes* als verfassungswidrig erklärt werden, auch wenn die Arbeit den Gottesdienst einer Konfession stören würde, denn es liegt darin eine im Interesse einer Konfession auferlegte Beschränkung der Freiheit, was mit dem Grundsatz des Art. 49, Abs. 4, B. V. nicht vereinbar ist. Die Praxis ist aber nicht so weit gegangen: sie betrachtet das Verbot störender Verrichtungen während der üblichen Zeit des Gottesdienstes als zulässig, sofern der gleiche Schutz allen Konfessionen zu Teil wird, und sie kann sich mit Grund auf Art. 50, Abs. 2, berufen, vgl. unten [3]. Der B. R. hob dagegen das Verbot, an Sonn- und Feiertagen während des Vor- und

---

[1]) Anders *Langhard,* 115.

[2]) In seinem Urteil vom 10. Okt. 1894 i. S. Holser, XX, 743, konstatierte das B. Ger. einfach, dass Art. 14 des Fabrikgesetzes schlechthin den Sonntag als Ruhetag vorschreibe, erklärte sich aber nicht kompetent, die Verfassungsmässigkeit der Bestimmung zu untersuchen.

[3]) Jene Konsequenz zog der B. R. B. von 1876, B. Bl. 1877. II 19; vgl. 822; *Salis,* III, Nr. 1012 *a.* Die vermittelnde Ansicht vertritt dagegen der Bericht des B. R. vom 15. Mai 1883, B. Bl. 1883, II, 1013; vgl. IV, 746. *Salis,* III, Nr. 1013, 1015: Schliessung der Wirtschaften während des Gottesdienstes. *Vogt,* S, 5. *Langhard,* 128 f. *Salis,* Religionsfreiheit, 28.

Nachmittagsgottesdienstes Versammlungen von Gemeinden und Korporationen abzuhalten, als unzulässig auf (B. Bl. 1876, II, 272; *Salis*, a. a. O., Nr. 1017). Fasst man das allgemeine Ruhegebot am Sonntag als eine zulässige gewerbepolizeiliche Massregel auf, so ist nicht einzusehen, warum das Verbot, am Sonntag Verträge abzuschliessen (also Handelsgeschäfte zu treiben), gegen Art. 49, Abs. 4, verstossen sollte; wenn auch ein solches Verbot, für sich genommen, gewerbepolizeilich kaum zu rechtfertigen ist, so lässt es sich doch aus dem Gesichtspunkt der Rechtsgleichheit erklären. Der vom B. R. am 8. Januar 1877 entschiedene Fall Sirdey bezog sich allerdings auf den Allerheiligentag; der B. R. argumentierte aber allgemein mit der Sonntagsruhe, m. E. unzutreffend (B. Bl. 1878, II, 492; *Salis*, a. a. O., Nr. 1016).

Schwieriger ist die Frage, ob *konfessionelle Feiertage* als allgemeine Ruhetage erklärt werden können[1]). Die ältere Praxis entschied, katholische Feiertage können für Protestanten nur insofern verbindlich erklärt werden, als sie sich jeder den kirchlichen Kultus störenden Beschäftigung enthalten sollen; eine weitergehende Beschränkung der bürgerlichen Gewerbstätigkeit dagegen dürfe ihnen nicht auferlegt werden: B. B. vom 31. Januar 1862. *Ullmer*, I, Nr. 177; II, Nr. 832, 833. Diesen Grundsatz hat auch die neuere Praxis seit 1874 befolgt; der B. R. hob am 17. Juli 1877 ein Bussenerkenntnis auf, durch welches ein Protestant verurteilt worden war, weil er am Allerheiligentag junge Bäume gesetzt hatte, da diese Beschäftigung den Kultus nicht stören konnte; *Salis*, III, Nr. 1011, I. Das B. Ger. entschied am 30. Okt. 1901 i. S. Stark, XXVIII, 436, in betreff der speziellen Feiertage einzelner Konfessionen, bei deren Festsetzung lediglich rein religiöse Gründe ausschlaggebend waren, können die Kantone für *alle* Bürger verbindliche Bestimmungen nur insoweit erlassen, als damit gestützt auf Art. 50, Abs. 2, B. V. bezweckt werden wolle, die gottesdienstlichen Handlungen gegen Störungen zu schützen. — Endlich hat das B. Ger. schon früher in einem Urteil vom 21. Juni 1894 i. S. Metzger, XX, 273, das Arbeitsverbot am Karfreitag als an einem rein religiösen Feiertag für Andersgläubige unverbindlich erklärt, sofern nur die Arbeit die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen nicht störe. Nach diesem Grundsatz müssten alle religiösen Feiertage ausser dem Sonntag für nicht Angehörige der betr. Kirche unverbindlich sein, auch Weihnachten, Karfreitag und Auffahrt. Die Bundesgesetzgebung selbst verfährt darin nicht konsequent: während Art. 14 des Fabrikgesetzes nur an Sonntagen die Arbeit untersagt und den Kantonen nur für die Angehörigen der betr. Konfession gestattet, weitere Festtage, höchstens 8, zu bestimmen (vgl. das Verzeichnis dieser kantonalen Festtage, B. Bl. 1897, IV, 1283), spricht das O. R. in Art. 90, 91, 819, 827 nur von Sonntagen oder staatlich anerkannten Feiertagen, und bestimmen das B. Ges. betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen vom 29. März 1893, Art. 5, mit Transportreglement vom 11. Dez. 1893, § 55, und das B. Ges. betr. die Arbeitszeit beim Betriebe der Eisenbahnen und anderer Verkehrsanstalten vom 19. Dez. 1902, Art. 9, letzteres wörtlich, «an den Sonntagen, sowie an den allgemeinen Feiertagen Neujahr, Karfreitag, Auffahrt und Weihnacht ist der gesamte Güter-

---

[1]) *Kaufmann*, Staatlich anerkannte Feiertage. Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (1901), II, 68. *Zeerleder*, Das Kirchenrecht im Kanton Bern, 1876, S. 17.

dienst untersagt». Vorbehalten bleibt die Beförderung von Gütern und Vieh in Eilfracht. — Der kantonalen Gesetzgebung steht frei, vier weitere Feiertage per Jahr zu bestimmen, an welchen keine gewöhnlichen Frachtgüter übernommen oder transportiert werden dürfen (vgl. das Verzeichnis der kant. Festtage, A. S. XVII, 104). Wenn konfessionelle Feiertage nicht aufgezwungen werden können, sollten auch öffentliche Verkehrsanstalten nicht für jedermann an solchen Tagen den Dienst einstellen können. Die letztzitierten Bestimmungen gingen aber offenbar von der Anschauung aus, einige landesübliche religiöse Feiertage für jedermann verbindlich zu erklären, sei nicht verfassungswidrig. Die Ansicht des B. Ger. wäre wohl konsequenter; wenn aber der Bund auf seinem Gebiete nicht ansteht, religiöse Feiertage anzuerkennen, sogar mit privatrechtlicher Wirkung, so muss auch den Kantonen auf ihrem Gebiete wenigstens die Befugnis eingeräumt werden, ausser den oben genannten Feiertagen noch vier andere (religiöse) Feiertage allgemein verbindlich zu erklären, wie es die Bundesgesetzgebung auf einzelnen Gebieten ausdrücklich gestattet.

d. Abs. 4 des Art. 41 enthält endlich noch einen dritten Gedanken, der in anderer Form auch in Abs. 2 (Verbot geistlicher Strafen) und in Art. 50, Abs. 2 (Eingriffe kirchlicher Behörden in die Rechte des Bürgers), zum Ausdruck kommt: auch auf ihrem eigenen Gebiete reiner Gewissenspflichten soll die Kirche nicht gegen den Staat und seine Gesetze arbeiten. Obschon ihre Vorschriften keine rechtliche Wirkung haben, sollen sie doch nicht dasjenige verbieten, was der Staat gebietet, oder dasjenige gebieten, was der Staat verbietet. Wenn man unter Vorschriften oder Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur auch solche verstehen will, die keinerlei rechtlichen Charakter haben, was m. E. der Absicht der Verfassung entspricht, so bedürfen die Worte: «Ausübung bürgerlicher oder politischer Rechte» der Erklärung. Gegenüber kirchlichen Geboten oder Verboten, welche staatlichen Gesetzen widersprechen, hätte sich die B. V. mit der Feststellung begnügen können, dass kirchliche Vorschriften, wie Glaubensansichten, von der Erfüllung bürgerlicher Pflichten nicht entbinden. Sie ist aber weiter gegangen und hat geradezu verboten, solche Vorschriften aufzustellen. Das liegt a fortiori in Abs. 4, obschon es nicht ausgesprochen ist, weil es im ganzen System liegt. Mehr aber nicht. Es kann der Kirche nicht verwehrt sein, irgend etwas zu verbieten von allem, was der Staat erlaubt; dies wird klar, sobald man staatliche Pflichten und blosse Rechte rein auseinander hält. Es waren wohl vornehmlich die politischen Rechte, die man gegen rein kirchliche Verbote schützen wollte; das Stimmrecht ist aber nicht nur ein Recht, sondern auch eine Pflicht, die Ausübung eines öffentlichen Amtes, gleich wie die andern politischen Rechte[1]. Wenn der Staat eine Handlung einfach erlaubt, eine mera facultas verleiht, so kann unmöglich in der kirchlichen Gewissensvorschrift, welcher Gebrauch von einer solchen Befugnis zu machen sei, etwas Unzulässiges erblickt werden. Die Moralvorschriften der Kirche sollen sich gerade auf das vom Staate freigelassene Gebiet beziehen. Besorgt der Staat, dass unter kirchlichem Einfluss ein unrichtiger Gebrauch dieser Freiheit gemacht werde, so muss er eben die Freiheit von Gesetzes wegen

[1]) *Salis*, Religionsfreiheit. 33.

beschränken; jenes darf aber von vornherein der Kirche nicht zur Last gelegt werden. Etwas anderes kann auch nicht die Meinung der Verfassung sein; 1873 wurde allerdings im N. R. der Antrag gestellt, der Kirche zu verbieten, das Gelübde der Ehelosigkeit abzunehmen, nachdem die Ehe unter den Schutz des Bundes gestellt werde. Der Antrag wurde aber abgelehnt. Und wenn jede kirchliche Verpflichtung, von einem staatlich anerkannten oder sogar verfassungsmässig garantierten Recht nicht Gebrauch zu machen, verboten sein sollte, wären nicht nur die bestehenden Klöster, sondern manche Einrichtung der katholischen Kirche, ja am Ende jede kirchliche Verpflichtung verfassungswidrig. Daher ist aus Art. 49, Abs. 4, in Verbindung mit dem übrigen Inhalt der Art. 49 und 50 nur zu entnehmen, dass *verpflichtenden* Vorschriften des Staates durch widersprechende Vorschriften kirchlicher oder religiöser Natur nicht Eintrag getan werden darf. Die speziellen Bestimmungen des Art. 49, Abs. 2 (Strafen), und 50, Abs. 2 (Eingriffe kirchlicher Behörden), gehen allerdings weiter, wovon unten.

4. Zwang zur Vornahme einer religiösen Handlung. Unter religiösen Handlungen sind Äusserungen oder sinnbildliche Handlungen zu verstehen, welche als Ausdruck einer religiösen Überzeugung gelten. Auch ein rein negatives Verhalten kann so aufgefasst werden, z. B. das Ruhen an einem konfessionellen Feiertage; es liegt darin zugleich eine Verhinderung in der Ausübung bürgerlicher Rechte und ein Zwang zu einem äusseren Verhalten, das der inneren Überzeugung nicht entspricht. Namentlich sind es aber positive erzwungene Handlungen, die der Glaubens- und Gewissensfreiheit widerstreben. Im Gegensatz zur B.V. von 1848 wäre der Taufzwang heute nicht mehr zulässig[1]. — Der religiöse *Eid*, der gerichtliche sowohl als der Amtseid, ist an sich zwar nicht verfassungswidrig; er muss aber für diejenigen, die sich aus Glaubens- oder Gewissensgründen weigern, ihn zu leisten, durch einen Eid oder eine Beteuerung ohne religiöse Formel ersetzt oder ohne Rechtsnachteil für den sich Weigernden fallen gelassen werden. Durch verschiedene Entscheidungen stellte der B. R. fest, dass der unter Anrufung Gottes zu leistende Eid verweigert werden könne, z. B. «So wahr mir Gott helfe und alle Heiligen»; «So wahr ich bitte, dass mir Gott helfe»; «So wahr mir Gott helfe»; «Bei Gott dem Allwissenden»; dass dagegen jeder Bürger verhalten werden könne, mit den Worten: «Ich schwöre ....» eine feierliche Erklärung abzugeben; B. R. B. vom 22. Januar 1875 i. S. Bühlmann (B. Bl. 1876, II, 277); vom 2. Juli 1878 i. S. Lenz (B. Bl. 1879, II, 603); vom 20. Januar 1893 i. S. des Grossrates Steck (B. Bl. 1893, I, 137). *Salis*, III, Nr. 994, 995; *Zeerleder*, Das Kirchenrecht des Kantons Bern, 1896, S. 14. Die neuere Bundesgesetzgebung hat überall den religiösen Eid als fakultativ erklärt oder durch eine einfache Gelobung ersetzt; ersteres in den Geschäftsreglementen des N. R. und des St. R. vom 5. Juni und 27. März 1903, Art. 8 und 3 (A. S. XIX, 529, 626), in der G. O. vom 22. März 1893, Art. 13, für die Mitglieder und Beamten des B. Ger.; letzteres durch B. R. B. vom 5. März 1875 (A. S. I, 913) für den Fahneneid. Die älteren Erlasse, namentlich das Dekret der B. Vers. betr. den von

---

[1]) Vgl. *Ullmer*, I, Nr. 176. Dagegen wurde mit Recht entschieden, die blosse Tatsache, dass die gegen den Willen des Vaters vorgenommene Taufe im Pfarrbuche bescheinigt bleibe, sei keine Verletzung des Art. 49 B. V., B. Bl. 1882, II, 766; *Salis*, III, Nr. 997.

den obersten Bundesbehörden zu leistenden Amtseid, vom 15. Nov. 1848 (A. S. II, 395), das noch für den B. R. gilt, das B. Ges. über das Verfahren bei dem Bundesgerichte in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. Nov. 1850, Art. 143, 144, 118 f., 146 ff., und das B. Ges. über die Bundesstrafrechtspflege, vom 27. Aug. 1851, Art. 74, sind als in gleichem Sinn abgeändert zu betrachten [1]).

Es wäre auch unzulässig, von jedermann zu verlangen, dass er kirchlichen Personen oder Gegenständen auf öffentlichem Grund und Boden Ehre bezeuge [2]).

Es kann sich noch fragen, ob sich auch *Geistliche* auf das Verbot religiösen Zwanges berufen können; sind es Geistliche einer privaten Religionsgenossenschaft, so können sie es dem Staate gegenüber so gut wie ein anderer Bürger; sind es aber Geistliche der Landeskirche, so kann sie der Staat als seine Beamten betrachten und von ihnen die Erfüllung ihrer Amtspflichten fordern, wie er auch kompetent ist, diese Pflichten durch allgemeine Vorschriften zu bestimmen; der katholische Geistliche wird allerdings diese Suprematie des staatlichen Rechts über das kanonische und der staatlichen Hierarchie über die kirchliche nicht anerkennen. Vom Standpunkt des staatlichen Rechts aus ist aber lediglich dieses massgebend. Die persönliche Gewissensfreiheit des Geistlichen ist dadurch geschützt, dass er jederzeit bedingungslos aus der staatlich organisierten Kirche austreten kann. Statuiert aber das kantonale Staatskirchenrecht keine Pflicht des Geistlichen, eine kirchliche Handlung vorzunehmen, so kann auch er sich zur Weigerung auf Art. 49 B. V. berufen. Die kantonale Behörde kann ihm nicht entgegenhalten, die Vornahme der Handlung widerstreite seiner Überzeugung nicht, da es ganz in seinem Ermessen liegt, zu entscheiden, ob er sie unter den gegebenen Umständen vornehmen wolle; dasselbe wäre zu sagen gegenüber Laienmitgliedern der Landeskirchen. Der Fall Marcellino, wo ein tessinischer Kapuziner zur provisorischen Besorgung einer Pfarrstelle verhalten wurde, ist vom B. R. durch Abweisung der Beschwerde richtig erledigt worden, wenn das tessinische Gesetz die Pflicht der Ordenspersonen, unter solchen Umständen die Seelsorge zu übernehmen, wirklich statuierte, wie es der tessinische Staatsrat behauptete. Unter der gleichen Voraussetzung ist die Entscheidung des B. Ger. vom 17. Juli 1901 i. S. Waldesbühl, XXVII, 339, richtig, welche es unzulässig erklärt, die Verweigerung der Sterbesakramente gemäss der katholischen Lehre als Vergehen gegen die öffentliche Ordnung zu bestrafen, und der B. R. B. vom 18. Sept. 1888 i. S. Henchoz: Weigerung, eine Hebamme das Kind über die Taufe halten zu lassen, die sich mit einem geschiedenen Manne verehelicht hatte (B. Bl. 1888, IV, 137; *Salis*, III, Nr. 1041). Die Begründung ist dagegen nicht einwandsfrei: B. R. B. vom 14. Sept. 1874 und Bericht der Minderheit der St. R. K. vom 24. Okt. 1874 (B. Bl. 1874, III, 271, 867; *Salis*, III, Nr. 990, vgl. Nr. 988). Der B. R. entschied richtig am 4. Juli 1879 i. S. Rohner (B. Bl. 1880, II, 618), ein katholischer Pfarrer könne nicht gewungen werden, dem Leichenbegängnisse eines Selbstmörders beizuwohnen, wenn das kantonale Recht ihm dies nicht zur Amtspflicht mache. In einem ähnlichen Fall hatte er dagegen am 1. März

---

[1]) Vgl. *Wolf*, Schweizerisches Rechtsbuch, II, S. 230.

[2]) *Salis*, Religionsfreiheit, 29.

gl. J. den Rekurs des Pf. Herzog, der gebüsst worden war wegen Unterlassung der Exequien bei einer Beerdigung, abgewiesen, indem das Kirchenwesen in der Souveränität der Kantone liege; es hätte auch hier untersucht werden müssen, ob Rekurrent seine Amtspflicht wirklich verletzt hatte. *Langhard,* 83 ff.

5. Zwang zur Teilnahme an einer Religionsgenossenschaft. Dass eine *private Religionsgenossenschaft* jemand zum Beitritt zwinge, ist durch ihre rechtliche Natur von vornherein ausgeschlossen. Dagegen könnte sie ihren Mitgliedern das Recht des Austrittes absprechen. Die B. V. verbietet aber solches gleich wie den Zwang zum Beitritt. Das Versprechen, eine bestimmte Zeit einer Religionsgenossenschaft anzugehören, ist rechtlich unverbindlich. Der Austritt ist jederzeit möglich. Die *finanziellen Verpflichtungen* eines Austretenden beurteilen sich nach Privatrecht und nach dem Genossenschaftsstatut; z. B. die Fragen, ob der jährliche Beitrag auch von solchen geschuldet wird, die im Laufe des Jahres austreten, ob vor Anfang des neuen Vereinsjahres eine Kündigung stattfinden muss, ob zum voraus bezahlte Beiträge der Genossenschaft überlassen und rückständige nachbezahlt werden müssen. Alle diese Abreden sind zulässig und verbindlich; B. R. B. vom 25. März 1887 i. S. Sudler (B. Bl. 1887, IV, 156; *Salis,* III, Nr. 993). Es kann also jemand gezwungen werden, einer Religionsgenossenschaft, der er nicht mehr angehört, einen Beitrag zu leisten, wenn die Genossenschaft bereits zur Zeit seines Austrittes ein wohlerworbenes Recht darauf hatte; der Beitrag kann sogar, im Gegensatz zur öffentlichrechtlichen Steuer, erst nach seinem Austritt fällig geworden sein (vgl. B. Ger. XXII, 935).

Der *Austritt* braucht nicht aus Glaubensgründen zu erfolgen; er kann auch andere Gründe haben, z. B. die Organisation der Genossenschaft oder die Persönlichkeit ihrer Organe oder ihrer Mitglieder. Das Recht des Austrittes darf daher nicht an die Bedingung geknüpft werden, dass sich der Austretende von der Glaubensgemeinschaft seiner bisherigen Mitgenossen lossage, und es kann vom Austretenden nicht mehr als die Erklärung verlangt werden, er trete aus der betreffenden Religionsgenossenschaft aus. Im übrigen steht es der Religionsgenossenschaft zu, die Formen der Austrittserklärung festzusetzen. *Vogt,* 4; *Salis,* Religionsfreiheit, 17. Aus dem gleichen Grund ist es ganz unrichtig, wenn das B. Ger. im Urteil vom 19. März 1881 i. S. Jenny u. Blumer, VII, 6, von *konfessioneller* Zugehörigkeit spricht; wenn jemand einer Religionsgenossenschaft nicht angehören will, kann diese für ihn keine Pflichten daraus ableiten, dass er gleicher Konfession sei; wenn auch im *gegebenen* Fall keine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit in der Besteuerung der Rekurrenten lag, so muss doch grundsätzlich das unbedingte Austrittsrecht aus jeder Religionsgenossenschaft gewahrt bleiben. B. Ger. VIII, 760.

Bei *öffentlichrechtlichen* Religionsgenossenschaften verhält es sich insofern anders, als es dem Kanton zusteht, wie ihre ganze Organisation, so auch die Angehörigkeit zu derselben von Gesetzes wegen zu bestimmen; es ist keine Verletzung des Art. 49, wenn z. B. alle auf dem Kantonsgebiete wohnenden Protestanten zur protestantischen Landeskirche gezählt werden, sofern ihnen nur jederzeit der Austritt offen gelassen wird. Dagegen kann damit nicht denselben Personen verboten sein,

unter sich private Religionsgenossenschaften zu bilden, und wenn sie vorher schon eine solche bildeten, kann sie nicht gegen ihren Willen zur öffentlichrechtlichen Korporation gemacht oder in der bestehenden Landeskirche absorbiert werden. Vgl. den von *Ullmer*, I, Nr. 174, angeführten Fall, wo eine bestehende private Kirchgemeinde durch Gesetz mitsamt ihrem Vermögen in die reorganisierte Staatskirche aufgenommen wurde.

Wie die Zugehörigkeit selbst, so kann auch der Verlust dieser Eigenschaft von Gesetzes wegen bestimmt werden; niemand kann sich darüber beklagen, dass er durch das kantonale Kirchengesetz von der Landeskirche ausgeschlossen sei. Wird er durch Spezialverfügung ausgeschlossen, so liegt möglicherweise eine willkürliche Handlung, keinesfalls aber eine Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit vor, denn jede Religionsgenossenschaft muss selbst darüber entscheiden können, wer zu ihr gehört, auch die Staatskirche. In bezug auf die Austrittserklärung ist streitig geworden, ob von demjenigen, der sich von der Landeskirche lossagen will, weil in seinen Augen ihr Wesen ihrem Namen nicht mehr entspricht, verlangt werden könne, dass er die Kirche mit diesem Namen nenne. M. E. könnte dies ohne Verletzung der Glaubens- und Gewissensfreiheit verlangt werden, da ja vom Katholik nur verlangt wird, dass er aus der «Katholischen Kirche», vom Protestanten, dass er aus der «Protestantischen Kirche» im Sinne des jeweiligen Staatskirchenrechts austrete. Indessen muss es nach Art. 49, Abs. 2, auch genügen, wenn die Kirche, der man nicht mehr angehören will, deutlich bezeichnet wird. Die b. ger. Urteile vom 7. Okt. 1876 i. S. Müller, II, 395, und vom 31. Dez. 1881 i. S. Rérat et cons., VII, 650, entschieden, dass das bernische Gesetz eine förmliche *Austritts*erklärung verlangen könne. Das erste Urteil fügte aber bei, das Verlangen der Austrittserklärung aus der «evangelisch-reformierten Landeskirche» würde dem Rekurrenten einen unzulässigen Gewissenszwang auferlegen; es genüge jede Erklärung, welche darüber, aus welcher Religionsgenossenschaft er austreten wolle, keinen ernstlichen Zweifel aufkommen lasse, z. B. «aus der auf Grund des Organisationsgesetzes vom 18. Juni 1874 bestehenden reformierten Landeskirche», ebenso: B. Ger. XIX, 17. *v. Reding-Biberegg,* Über die Frage der Kultussteuern, Basel 1885, S. 68—69. — Ferner kann es fraglich sein, ob der Einzelne bloss der durch eine Kirchgemeinde gebildeten Genossenschaft angehöre, oder der Kirchgenossenschaft des ganzen Kantons, oder sogar noch einem weiteren Verbande, und aus welchem dieser Verbände er seinen Austritt zu erklären habe. Die Frage ist lediglich nach kantonalem Kirchenstaatsrecht zu beantworten, womit gesagt ist, dass es sich nie um einen über das Kantonsgebiet hinausreichenden Kreis handeln kann. Es gilt dies sowohl für die protestantische wie für die katholische Kirche; vgl. das schon kritisierte b. ger. Urteil vom 19. März 1881 i. S. Jenny u. Blumer, VII, 6; ferner VI, 499. Den Kantonen steht es zu, zu bestimmen, was in der Regel Rechtens sein wird, dass man nur aus der Landeskirche als Ganzem und nicht aus der einzelnen Kirchgemeinde austreten kann [1]).

---

[1]) *Zeerleder,* S. 51.

6. Verbot der Strafen irgend welcher Art wegen Glaubensansichten. Es ist bereits erwähnt worden, dass Glaubensansichten als solche unbeschränkt frei seien und dass die Äusserung religiöser Ansichten bis zur Grenze der Verletzung des religiösen Gefühls anderer ebenfalls frei sei, also mit *Strafen im Rechtssinne* nicht belegt werden dürfen. Dagegen steht jede andere äussere Tätigkeit des Menschen, auch wenn sie sich in seinen Augen als eine religiöse darstellt, unter dem Rechtsgesetze des Staates, dessen Übertretung, als die Nichtachtung einer bürgerlichen Pflicht, ohne Verletzung der Religionsfreiheit bestraft werden kann. Die Anwendung des in Abs. 2 enthaltenen Verbotes auf staatliche Strafen ist damit gegeben. Wenn die Bestimmung nur diese Bedeutung hätte, wäre die Auslegung einfach. Die Entstehungsgeschichte lässt aber keinen Zweifel darüber, dass unter Strafen irgend welcher Art auch *geistliche, kirchliche Strafen* gemeint sind [1]), und damit begibt sich die B. V. in einen Widerspruch mit ihrem eigenen System: Die B. V. gestattet jedem Bürger, an einer Religionsgenossenschaft teilzunehmen. und gewährleistet ihm den freien Austritt; sie entkleidet rein kirchliche Vorschriften und Strafen jedes rechtlichen Charakters, so dass keiner sie zu befolgen braucht, der sie nicht freiwillig anerkennt. Die dieser Prämisse entsprechende Folgerung der Religions- und Kultusfreiheit wäre gewesen, den Religionsgenossenschaften volle Freiheit in der Handhabung ihrer inneren Autonomie zu lassen. Die B. Vers. fürchtete aber, die kirchlichen Behörden könnten, trotzdem ihnen die rechtliche Gewalt entzogen, mit kirchlichen Strafen kraft ihrer geistlichen Gewalt über den Bestraften oder seine Umgebung tatsächlich das Gleiche erreichen wie mit weltlichen. Die Kirche soll zwar ihren Angehörigen Vorschriften erteilen können, nicht nur über das individuelle Fühlen und Denken, sondern auch über das soziale Verhalten, da wo der Staat weder gebietet noch verbietet; sie soll aber die Übertretung dieser Vorschriften nicht mit Strafen belegen, die sich als eine Anmassung rechtlicher Strafgerichtsbarkeit darstellen und den weltlichen Strafen in der Wirkung gleichkommen. Es gehört also zum Begriff einer verfassungswidrigen geistlichen Strafe:

1. Ein Übel, das den Charakter einer wirklichen Strafe hat, d. h. das Folge eines subjektiven Verschuldens des Bestraften ist, oder dieses Verschulden voraussetzt und treffen will; blosse Ordnungsstrafen, d. h. solche, die ein ordnungswidriges äusseres Verhalten ohne Rücksicht auf die Gesinnung treffen, sind keine Strafen im Sinne der B. V.; z. B. Bussen wegen Nichtversehen einer geistlichen Funktion, Nichterscheinen in einer Kirchgemeindeversammlung etc. Entscheidend ist aber stets Sinn und Zweck der Massregel, nicht der Umstand, ob in concreto das subjektive Verschulden wirklich untersucht oder bloss vorausgesetzt werde.

2. Die Strafe muss ihrer Art nach einer vom Staate verhängten Strafe tatsächlich (d. h., wenn sie anerkannt wird) gleichkommen; sie muss den Bestraften in Leib und Leben, in seiner persönlichen Freiheit, in seinem Vermögen oder in seiner sozialen Ehre treffen. Unzweifelhaft hatte man auch die grosse Exkommunikation mit der damit verhängten Verkehrssperre im Auge, die gerade damals zum Kon-

---

[1]) *Langhard*, S. 111.

flikt der Berner Regierung mit Bischof Lachat geführt hatte[1]). Die Verhängung rein geistlicher Übel, wie Versagung der Sakramente, wird also in der Regel nicht darunter fallen; geistliche Strafen können allerdings mittelbar die gleiche Wirkung haben, indem sie den Bestraften in den Augen seiner Umgebung herabsetzen und ihn an Vermögen und Ansehen schädigen. Diese entfernte Wirkung darf aber m. E. nicht in Betracht fallen.

3. Und endlich muss die Strafe wegen «Glaubensansichten» verhängt werden; ob darunter lediglich das Hegen und Bekennen abstrakter religiöser Ansichten, oder auch das tatsächliche Nichtbefolgen religiöser Vorschriften (religiös i. S. der jeweiligen Konfession genommen) zu verstehen sei, ist in dieser Weise nicht absolut zu entscheiden; die Überzeugung kann sich nicht nur in abstrakten Sätzen, in Wort und Schrift kund tun, sondern auch im Handeln und Unterlassen; auch das Bestrafen solcher konkludenter Handlungen kann verfassungswidrig sein, vorausgesetzt, dass sich der Handelnde dabei auf seine Glaubens- und Gewissensfreiheit berufe, sie nicht selber als seiner Überzeugung widersprechend anerkenne.

Die Bestimmung, welche *Samuely* vom Begriffe der verbotenen Strafen gibt, ist nach dem Gesagten unrichtig; abgesehen von den gegen Leben, Leib, Freiheit, Ehre und Vermögen gerichteten Zuchtmitteln, welche ausserhalb des Rechtsgebietes der Kirche liegen, sei die Kirche nur zur Entziehung derjenigen Befugnisse berechtigt, welche aus dem religiösen Charakter der Gemeinschaft herfliessen, im Gegensatz zu denjenigen, welche aus ihrer juristischen Eigenschaft als Korporation hervorgehen, wie Wahl- und Stimmrechte, Anspruch auf das Korporationsvermögen und das Recht der Mitgliedschaft selbst. Das Stimm- und Wahlrecht wird in der Landeskirche in der Regel durch zwingendes Recht beherrscht sein; in Privatgenossenschaften kann es aber ohne Verfassungsverletzung entzogen werden; und was die Mitgliedschaft selbst anbelangt, so muss die Religionsgenossenschaft selbst unbedingt darüber entscheiden können, wer zu ihr gehöre und wer nicht, wie schon oben bemerkt[2]). Verhängt die Kirche eine verfassungswidrige Strafe, so macht sie sich eines «Eingriffes in die Rechte des Bürgers und des Staates» i. S. von Art. 50, Abs. 2, schuldig. Der wichtigste Fall dieser Art war die Exkommunikation christkatholischer Priester durch Bischof Lachat in den Jahren 1871 und 1872, wovon unten noch die Rede sein soll. Seither ist die Bestimmung m. W. gegenüber geistlichen Strafen nie zur Anwendung gekommen.

---

[1]) Den Urhebern unserer Verfassungsbestimmung, die einen kulturkämpferischen Anstrich hat, scheint das preussische Gesetz über die Grenzen des Rechts zum Gebrauche kirchlicher Straf- und Zuchtmittel, vom 13. Mai 1873, § 1, als Vorbild gedient zu haben: „Keine Kirche oder Religionsgesellschaft ist befugt, andere Straf- oder Zuchtmittel anzudrohen, zu verhängen oder zu verkünden, als solche, welche dem rein religiösen Gebiet angehören, oder die Entziehung eines innerhalb der Kirche oder Religionsgesellschaft wirkenden Rechts, oder die Ausschliessung aus der Kirchen- oder Religionsgesellschaft betreffen. Straf- oder Zuchtmittel gegen Leib, Vermögen, Freiheit oder bürgerliche Ehre sind unzulässig." Vgl. *Samuely,* Art. 50 der Schweiz. B. V., Bern 1875. *Salis,* Religionsfreiheit, 32; *Langhard,* 112.

[2]) Gl. A. *Blumer-Morel,* I, 425.

7. Die religiöse Erziehung der Kinder[1]. *a.* Über die religiöse Erziehung der Kinder bis zum erfüllten 16. Altersjahr verfügt *der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt.* — Es ergibt sich daraus zunächst, dass das Kind bis zum 17. Altersjahr nicht Anspruch auf die Religionsfreiheit hat, weder in bezug auf seine Erziehung noch in anderer Beziehung; ferner dass der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt den konfessionellen und staatlichen Behörden gegenüber volle Freiheit hat in der religiösen Erziehung seines Kindes, dass er ihm gar keine religiöse Erziehung zu geben braucht, oder diejenige, die er will; dass er namentlich den Schulbehörden gegenüber frei ist[2]. Der Inhaber der väterlichen Gewalt ist nicht durch die B. V. selbst bestimmt, sondern bestimmt sich nach dem jeweiligen kantonalen Zivilgesetz; es braucht nicht notwendig der Vater allein, es können auch beide Eltern sein, wenn beiden, sei es überhaupt, sei es in bezug auf die religiöse Erziehung, die patria potestas zusteht. Die N. R. K., welche zuerst den Antrag stellte, die Bestimmung aufzunehmen, und zwar in der heutigen Fassung, begründete ihn mit der Bemerkung, sie führe das Prinzip der Glaubensfreiheit sofern näher aus, dass sie die Sorge für die Kinder bestimmt den Eltern übertrage; auch in der Diskussion war noch von den Eltern die Rede. Im St. R. wurde allerdings der Antrag gestellt, das Wort «väterliche» durch «elterliche» zu ersetzen; er brachte aber den hier besprochenen Gegensatz nicht klar zum Ausdruck, da er zu besagen schien, die Verfügung über die religiöse Erziehung stehe von Bundes wegen den Eltern zu; seine Verwerfung ist daher auch nicht konkludent in unserer Frage[3]. Es ist auch nicht anzunehmen, dass die B. V. mehr, als zur Regelung des Erziehungsrechts den Behörden gegenüber dem Kinde notwendig war, in die privatrechtliche Organisation der väterlichen Gewalt eingreifen wollte. Der Entwurf eines Schweiz. Z. G. B. kann daher ohne Verfassungswidrigkeit in Art. 303, Abs. 1, bestimmen: «Über die religiöse Erziehung des Kindes entscheiden die Eltern.» Vgl. aber Art. 300. Theorie und Praxis sind anderer Meinung[4]. Daher entscheidet m. E. das kantonale Recht auch darüber, wer die religiöse Erziehung der Kinder im Falle der Scheidung der Ehe zu leiten habe; es kann der Frau diese Befugnis geben, ohne dem Ehemann die väterliche Gewalt förmlich und vollständig zu entziehen. Die Mutter ist dann eben insofern Inhaberin der väterlichen Gewalt[5].

---

[1] *Fleiner,* Die religiöse Erziehung der Kinder, Zeitschrift für schweiz. Recht, 1893, XII, 453. *Langhard,* a. a. O., 86 ff.

[2] Wird von Seite einer Privatperson religiöse Propaganda gegen ein Kind unternommen, so liegt darin nicht sowohl eine Verletzung der Glaubensfreiheit des Verfügungsberechtigten, als eine Verletzung seiner väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt. Vgl. B. Ger. XV., 194.

[3] Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 137, 154, 379.

[4] *Fleiner,* a. a. O., 467, 472. *Langhard,* 88 ff., scheint dies auch anzunehmen. B. Ger vom 3. Febr. 1897 i. S. Störi, XXIII, 22.

[5] Das b. ger. Urteil vom 3. Febr. 1897 i. S. Störi, XXIII, 22, erklärt, im Verhältnis der Mutter zum Vormund, die religiöse Erziehung dürfe nach Art. 49, Abs. 3, nicht von der Gesamtheit der Rechte und Pflichten, aus denen die väterliche und vormundschaftliche Gewalt bestehe, losgelöst und in andere Hände gelegt werden. Gl. Ansicht *Fleiner,* S. 478, 479. Von der hier vertretenen Auslegung scheint auch Art. 49 des B. Ges. über Zivilstand und Ehe ausgegangen zu sein, indem er der kantonalen Gesetzgebung überlässt, die weiteren Folgen der Ehescheidung in betreff der Erziehung und des Unterrichts der Kinder zu regeln. Nach der kritisierten Ansicht über Art. 49, Abs. 3, B. V. könnte die

Ist der Vater gestorben oder ist ihm die väterliche Gewalt entzogen, so entscheidet wieder das kantonale Zivilrecht, ob die Mutter oder der Vormund die väterliche Gewalt ausübe, und welches die Aufsichtsrechte der Vormundschaftsbehörde seien. Mit Urteil vom 2. Febr. 1897 i. S. Störi, XXIII, 22, hat das B. Ger. demgemäss entschieden, allerdings unter teilweiser Zugrundelegung der oben kritisierten Auslegung, dass der verwitweten Mutter die Entscheidung über die religiöse Erziehung ihres Kindes nicht zustehe, wenn die väterliche Gewalt auf den Vormund übergegangen sei, und das kantonale Recht entscheide ebenfalls, ob der Vormund als solcher oder die übergeordnete Vormundschaftsbehörde Inhaber der vormundschaftlichen Gewalt seien. Im gleichen Sinne B. Ger. vom 18. Okt. 1899 i. S. Dubois-Sandoz, XXV, 457.

Durch seinen Rekursentscheid vom 27. Sept. 1887, bestätigt durch B. B. vom 23. März 1888, stellte der B. R. fest, dass, wenn die väterliche Gewalt auf die Vormundschaftsbehörde übergegangen sei, diese ohne Verletzung der B. V. die Kinder in einer anderen Konfession erziehen lassen könne, als die Mutter es wünsche und als vom (abwesenden) Vater es angeordnet wurde (B. Bl. 1887, IV, 161; 1888, II, 797; 1889, II, 757. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 700). Eine Vereinbarung der Ehegatten über die religiöse Erziehung der Kinder hat juristisch keine Gültigkeit, da die Glaubens- und Gewissensfreiheit unverzichtbar ist. — In der zweiten i. gl. Sachen ergangenen Entscheidung des B. R. vom 7. Okt. 1887, bestätigt durch B. B. ebenfalls vom 23. März 1888, handelte es sich darum, das Erziehungsrecht der Vormundschaftsbehörde gegenüber den Pflegeeltern geltend zu machen, welchen der Vater die Kinder anvertraut hatte (B. Bl. 1888, I, 445; 1889, II, 756; *Salis,* ibid., Nr. 701). Auch hier ist aber zu bemerken, dass die B. V. dem kantonalen Gesetzgeber nicht verbietet, die Mutter oder den Vater, dem die väterliche Gewalt entzogen wurde, über die religiöse Erziehung der Kinder weiter entscheiden zu lassen.

Wenn das Kind seinen Wohnsitz wechselt und infolgedessen gemäss Art. 10 des B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse dem Eltern- und Vormundschaftsrechte des neuen Wohnsitzes unterstellt wird, so kann es vorkommen, dass die Mutter die vormundschaftliche Gewalt erlangt oder umgekehrt verliert, je nach Inhalt des kantonalen Familienrechts [1]). Steht das Kind unter der Vormundschaft einer andern Behörde als derjenigen seines Heimatsortes, so kann diese nach Art. 13 und 15 des zit. Gesetzes der Vormundschaftsbehörde des Wohnsitzes über die

---

Ehescheidung in bezug auf die religiöse Erziehung der Kinder gar keine Wirkung haben, sondern nur die Entziehung der väterlichen Gewalt. Es könnte jedenfalls nicht als zweckmässig bezeichnet werden, die Erziehung der Kinder nur unter dem Vorbehalte der Mutter zu übergeben, dass der Vater die *religiöse* Erziehung weiter zu leiten habe; eine solche Regelung beabsichtigte das zitierte B. Ges. sicher nicht. Das B. Ger. hat sich über die Anwendung des Art. 49 des B. Ges. auf die spezielle Frage noch nicht ausgesprochen; vgl. indessen II, 505; VII, 371. *Huber,* Schweiz. Privatrecht, I, S. 219 ff.

[1]) Nur entscheidet sich die Frage des Wohnsitzes Minderjähriger verschieden, je nachdem sie unter elterlicher Gewalt oder unter Vormundschaft stehen: Art. 4 des zit. B. Ges. Vgl. das zitierte b. ger. Urteil, XXV, 457, wo die Mutter in Genf infolge ihrer Wiederverheiratung nach Genfer Recht die elterliche Gewalt verlor; es kann sich fragen, ob die Vormundschaft nicht von Gesetzes wegen hätte an die Walliser Behörden übergehen müssen, da die Kinder damals im Kant. Wallis untergebracht waren. Vgl. B. Ger. vom 22. März 1897 i. S. Vormundschaftsbehörde Dürrenroth, XXIII, 1487.

religiöse Erziehung der Kinder Weisungen erteilen und, falls sie nicht befolgt werden, verlangen, dass ihr die Vormundschaft abgegeben werde.

b. Der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt kann über die religiöse Erziehung der Kinder *vollständig frei verfügen;* er hat zu entscheiden, ob sie in der Schule den religiösen Unterricht besuchen sollen oder nicht.

Als religiöser Unterricht hat derjenige zu gelten, der das Verhältnis des Menschen zu Gott zum Gegenstand hat. Das B. Ger. erkannte, ein Unterricht, der vorschriftgemäss bezwecke, das sittlich-religiöse Gefühl zu erwecken und auszubilden, die sittlichen und religiösen Grundbegriffe zu entwickeln und die Pflichten gegen Gott, Mitmenschen und Natur darzustellen, sei als religiöser Unterricht zu betrachten. Das Gleiche sei vom biblischen Geschichtsunterricht zu sagen, weil er nicht bloss Tatsachen aus der jüdischen Geschichte historisch darzulegen habe, sondern auf Grund der Bibel zur Behandlung der Lehren der christlichen Religion führen solle; B. Ger. vom 30. Dez. 1897 i. S. Trasch u. Kons., XXIII, 1365. Letzteres im Gegensatz zu einem früheren Entscheide des B. R., B. R. B. vom 21. April 1891 i. S. Rossel (B. Bl. 1891, II, 340), wo der auf biblischer Grundlage erteilte Geschichtsunterricht als nicht religiöser erklärt wurde. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 684; 2. Aufl., III, Nr. 1007. Mit Recht erklärte dagegen der B. R. mit Beschluss vom 26. April 1879 i. S. Heri den sog. konfessionslosen Religionsunterricht als Religionsunterricht und daher nicht obligatorisch (B. Bl. 1880, II, 620; *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 697; 2. Aufl., III, Nr. 1008).

Ob auch der von jeder religiösen Grundlage losgelöste Moralunterricht obligatorisch erklärt werden kann, mag fraglich erscheinen: handelt es sich um einen bloss praktischen Unterricht über die Pflichten der Menschen untereinander, so wird dagegen nicht viel einzuwenden sein, werden aber die theoretischen Probleme der Ethik, wenn auch nur durch Aufstellung einiger allgemeiner Lehrsätze, erörtert, so darf der Unterricht nicht obligatorisch sein, nicht sowohl, weil er die Religion behandelt und religiöser Unterricht ist, sondern weil religiöse Eltern die gemeinsame Grundlage von Religion und Moral als beiden wesentlich ansehen und die Trennung der Moral von der Religion als eine Entstellung sowohl dieser als jener betrachten werden. Es liegt in der Absicht, wenn nicht des Art. 49, Abs. 1, so doch des Art. 27, Abs. 3, dass solcher Unterricht nicht obligatorisch sei. Diese letztere Bestimmung soll ebenfalls verhindern, dass mit der Religion nicht unmittelbar zusammenhängende Lehrgegenstände, wie die Geschichte, die Naturgeschichte, das Verfassungsrecht u. a. m. im Geiste einer bestimmten Religionsanschauung behandelt werden. Sollte dies der Fall sein, so könnten sich die andersdenkenden Eltern über eine Verletzung von Art. 27, Abs. 3, beklagen.

Der Inhaber der väterlichen oder vormundschaftlichen Gewalt braucht den Schulbehörden über die Gründe seiner Entscheidung keine Rechenschaft zu geben; er braucht sich nicht zuerst von der betreffenden Religionsgenossenschaft oder Konfession loszusagen, um zu verlangen, dass das Kind vom religiösen Unterricht dispensiert werde; er kann es jederzeit verlangen und seine Erziehung, wie seine eigene Überzeugung, jederzeit ändern. B. R. R. vom 25. März 1887 i. S. Sudler (B. Bl. 1887, IV, 149; *Salis,* III, Nr. 1005). B. Ger. XXIII, 1365: ein Katholik kann

nicht verpflichtet werden, sein Kind in den kathol. Religionsunterricht zu schicken, weil dieser der kathol. Lehre entspreche. Sache der Religionsgenossenschaft ist es dann, zu entscheiden, ob die Erziehungsmethode ihres Angehörigen mit den Pflichten eines Mitgliedes vereinbar sei. Dagegen ist mehrmals mit Recht entschieden worden, solange der Verfügungsberechtigte nicht erklärt habe, sein Kind dem Religionsunterricht fernhalten zu wollen, könne er sich nicht über eine Verletzung des Art. 49 B. V. beklagen, wenn er wegen Versäumung der Schulpflicht durch sein Kind mit einer Ordnungsstrafe bestraft werde. B. R. B. vom 4. März 1893 i. S. K. J. (B. Bl. 1893, I, 596); 27. Sept. 1887 i. S. Python (B. Bl. 1887, IV, 158; *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 699); vom 10. Nov. 1891 i. S. Gassmann, wo der B. R. mit Recht entschied, die vor der Austrittserklärung verwirkte Strafe könne auch nachher noch vollzogen werden, und vom 24. Nov. 1891 (B. Bl. 1891, V, 381 und 557), womit allerdings die Entscheidung i. S. Heri nicht ganz übereinstimmt, wie *Salis,* 2. Aufl., III, Nr. 1006, richtig bemerkt.

Kinder über 16 Jahre können sich in religiösen Dingen selbst bestimmen, sind also insofern der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt entrückt. Grossjährige Bevormundete ebenfalls, sofern sie die natürliche Handlungsfähigkeit besitzen, und die Ehefrau, auch wo sie noch unter ehemännlicher Vormundschaft steht; B. Ger., 23. Aug. 1878 i. S. Eheleute Setz, IV, 434.

8. Die Kultussteuern[1]. Der B. R. und die B. Vers. hatten sich schon vor 1874 mit Beschwerden gegen Erhebung von kirchlichen Steuern zu befassen; während die Beschwerde des konfessionellen Verwaltungsrates des Bezirkes Birseck wegen Beschränkung seines Besteuerungsrechts auf Konfessionsgenossen die Autonomie dieses Bezirkes betraf, B. R. B. vom 10. Mai 1869 (B. Bl. 1869, III, 35); Bericht der N. R. K. vom 13. Dez. 1869 (B. Bl. 1870, II, 565), und die Beschwerde des Dr. E. Frey gegen Bezahlung einer Pfarrsteuer auf Grund des kantonalen Verfassungsrechts entschieden wurde, B. R. B. vom 23. Aug. 1869 (B. Bl. 1869, III, 106), stellte der B. R. in der Rekurssache Béguin den Satz auf, jedermann könne sich durch förmliche Austrittserklärung der Verpflichtung, eine Kirchensteuer zu zahlen, entziehen. B. R. B. vom 10. Juli 1871 (B. Bl. 1872, I, 165; vgl. 169—171). Eine Anzahl anderer Beschwerden wurden nur deshalb abgewiesen, weil sich die Abgabe als eine privatrechtliche Reallast darstellte. *Ullmer,* II, Nr. 774; B. R. B. vom 13. Nov. 1868 i. S. Wäber (B. Bl. 1868, III, 919; 1870, III, 949); Bericht vom 2. Juni 1869 i. S. Engelhardt (B. Bl. 1869, II, 404). Das in Art. 49, Abs. 6, vorgesehene Ausführungsgesetz über Kultussteuern ist noch nicht zu stande gekommen; der B. R. legte mit Botschaft vom 26. Nov. 1875 der B. Vers. einen Entwurf vor; die B. Vers. wies ihn aber zu nochmaliger Prüfung an den B. R. zurück, es ihm überlassend, zu geeignet scheinender Zeit eine neue Vorlage zu machen[2].

Das B. Ger. hat indessen von vornherein den Verfassungsgrundsatz angewandt, ohne das Ausführungsgesetz abzuwarten. B. Ger., 1. Nov. 1879 i. S. Pelli, V, 430.

---

[1]) *v. Reding-Biberegg,* Über die Frage der Kultussteuern, Basel 1885; *Langhard,* 71 ff.
[2]) B. Bl. 1875, IV, 971, 982. Der Entwurf ist abgedruckt bei *Salis,* III, Nr. 1019, mit den Anträgen der Mehrheit und der Minderheit der N. R. K., B. Bl. 1876, I, 804.

Die Bedeutung des 6. Abs. vom Art. 49 ist lediglich eine negative; der einzelne Bürger soll dagegen geschützt werden, dass er an eine Religionsgenossenschaft, der er nicht angehört, Steuern zahlen müsse. Die B. V. will ebensowenig den Religionsgenossenschaften ein Besteuerungsrecht gegenüber ihren Mitgliedern einräumen, B. Ger., 1. Okt. 1880 i. S. ev.-ref. Kirchgemeinde Luzern, VI, 499; *Reding,* 79 f., als sie in ihrem Besteuerungsrecht gegenüber ihren Mitgliedern beschränken [1].

Die Bestimmung findet nur auf öffentlich-rechtliche Religionsgenossenschaften Anwendung, da nur diese Steuern erheben können. Die Beitragspflicht an private Religionsgenossenschaften bestimmt sich nach Privatrecht, mit Vorbehalt des durch Art. 49, Abs. 2, B. V. gewährleisteten Austrittsrechts (s. oben Ziffer 5).

Die Bestimmung richtet sich nur gegen die Erhebung von *Steuern:* wenn öffentliche Fonds oder Stiftungen oder öffentlichen Korporationen gehörende bestimmte Vermögenskomplexe an Kultuszwecke beitragspflichtig erklärt werden, so kann darin eine unzulässige Zwecksbestimmung liegen; eine Verletzung der mehrzitierten Verfassungsbestimmung ist es nicht, solange die Mitglieder der Korporation nicht zur Deckung jenes Beitrages besteuert werden müssen; B. Ger. vom 10. Nov. 1883 i. S. Weder, IX, 415: Besteuerung nach st. gallischem Gesetz des Genossengutes einer Ortsgemeinde zu gunsten der Kirch- und Schulgenossenschaft; das Gut ist dann eben insofern ein religiösen Zwecken gewidmetes. Auch darin liegt an sich noch keine Verletzung jener Verfassungsvorschrift, dass eine politische Gemeinde sich selber zu Leistungen für Kultuszwecke verpflichtet oder dafür Ausgaben beschliesst; die Verletzung ist erst gegeben, wenn zur Erfüllung derartiger Verpflichtungen oder zur Deckung der Ausgaben Gemeindegenossen, welche der betr. Religionsgenossenschaft nicht angehören, mit Steuern belegt werden; dies wird aber stets der Fall sein, wenn die Gemeindeausgaben aus dem Einkommen ihres eigenen Vermögens nicht vollständig bestritten werden können. B. Ger. vom 3. April 1891 i. S. Rossetti u. Gen., XVII, 222; I, 90; II, 310. Ausserdem kann in einer solchen Zuwendung eine gesetzwidrige Verwendung von Gemeindemitteln liegen, auch wenn die Ausgabe nur von Angehörigen der unterstützten Religionsgenossenschaft aufgebracht wird. B. Ger. vom 30. Sept. 1876 i. S. Rérat et cons., II, 310; 3. April 1891 i. S. Rossetti u. G., XVII, 222. Vgl. XIV, 16, wo streng genommen eine Verfassungsverletzung nicht vorlag.

Dagegen sind nicht nur «persönliche» Steuern, wie 1871 im N. R. vorgeschlagen wurde, sondern auch Grundsteuern gemeint. B. Ger., VI, 499, 504; *Reding,* S. 52 ff. Keine Steuern sind hinwieder privatrechtliche Reallasten; sie müssen bezahlt werden, auch wenn der Grundeigentümer anderer Konfession ist. Vgl. die zit. Entsch. des B. Ger., XVII, 222; aus der ältern Praxis: *Ullmer,* II, Nr. 774, und B. R. B. vom 13. Nov. 1868 i. S. Wäber (B. Bl. 1868, III, 919); dazu Bericht vom 2. Dez. 1870 (B. Bl. 1870, III, 949), und Bericht vom 2. Juni 1869 i. S. Engelhardt betr. Primizen (B. Bl. 1869, II, 404).

Indem man redigierte: «Steuern, die *speziell* für eigentliche Kultuszwecke auferlegt werden», wollte man, wie die Revisionsverhandlungen

---

[1]) Der Entwurf von *Reding,* § 8, S. 100. 104, geht zu weit, wenn er auch Wiedereintretende gegen Ausbeutung schützen will.

deutlich zeigen, verhindern, dass derjenige Teil der allgemeinen kantonalen Staatssteuer, der zur Deckung der Kultusausgaben dient, aber vom andern Teil ununterschieden eingezogen wird, verweigert werde[1]). Die ganze Tragweite der gewählten Ausdrücke machte man sich aber nicht klar. Als die N. R. K. die der heutigen entsprechende Fassung des Entwurfs von 1872 wieder aufnahm, bemerkte sie dazu, «dass hier auch Ausgaben in Betracht kommen, welche in verschiedenen Kantonen in das Jahresbudget fallen und denen der Bürger sich so wenig entziehen könne, wie gewissen Polizeiausgaben, die ebenfalls mit Kultuszwecken in einem gewissen Verhältnis stehen! Die Steuern, von denen nach Ansicht der Kommission Befreiung eintreten müsse, seien mehr nur solche, welche direkt zu Zwecken eines Kultus verwendet werden, welchem ein Bürger nicht angehöre». Es ist daraus so wenig, wie aus den übrigen Verhandlungen zu sehen, ob Gemeindesteuern, die in einem einzigen Betrag für Kultus- wie für andere Ausgaben eingefordert werden, gleich behandelt werden sollen wie Staatssteuern. *Dagegen* kann vorgebracht werden, dass die ganze mit dem Wort «speziell» eingeführte Einschränkung im Widerspruch mit der grundsätzlich gewährleisteten Glaubens- und Gewissensfreiheit ist und daher strikte auszulegen ist. Mir scheint aber richtiger, wenn einmal die Ausnahme durch die Verf. gemacht wird, den Ausnahmegrundsatz konsequent anzuwenden und nicht von der Ausnahme eine neue, von der Verf. nicht einmal angedeutete Ausnahme zu machen; wenn nur Kultussteuern verweigert werden dürfen, die für sich besonders auferlegt werden, so ist nicht einzusehen, warum das in der Gemeinde anders sein sollte als im Staat. Das B. Ger. ist indessen nicht dieser Ansicht; es hat in konsequenter Praxis gestattet, denjenigen Bruchteil der allgemeinen Gemeindesteuer zu verweigern, der zu eigentlichen Kultuszwecken einer Religionsgenossenschaft verwendet wird, welcher der Steuerpflichtige nicht angehört. B. Ger. vom 1. Nov. 1879 i. S. Pelli, V, 430; VI, 504; 20. Sept. 1884 i. S. Bonhôte et cons., X, 323; XIII, 374; XIV, 16; 163. Gl. A. *Reding*, 47 ff. — Wie die Revisionsverhandlungen zeigen, machten sich die eidg. Räte auch über die Bedeutung der Worte: «eigentliche Kultuszwecke» keine klare Vorstellung, indem sie «speziell» und «eigentlich» als gleichbedeutend hinstellten[2]). Das Wort «speziell» gibt die Idee der Spezialität der Steuer wieder; das «eigentlich» bezieht sich auf die Verwendung des Steuerertrages. Eigentliche Kultuszwecke sind wörtlich genommen alle diejenigen des Kultus im eigentlichen Sinne, im Gegensatz zu Zwecken anderer Art. Dient aber eine Einrichtung zu zwei verschiedenen Zwecken zugleich, wie z. B. Turm, Glocken und Turmuhr einer Kirche, so dient sie zwar eigentlichen Kultuszwecken, aber nicht ausschliesslich. M. E. muss nun die Verfassungsbestimmung auch auf solche Ausgaben angewendet werden, wenn der Kultuszweck überwiegt, wenn dieser Zweck die Veranlassung oder Hauptveranlassung der Ausgabe ist. Dagegen könnte auch nicht über Verfassungsverletzung geklagt werden, wenn der politische Verband an die überwiegend kirchliche Ausgabe in dem Masse beisteuerte, als die Einrichtung weltlichen Zwecken dient.

---

[1]) Vgl. Prot. des N. R. 1871—72, S. 233 f.; 309; 78. Prot. der eidg. Räte 1873—74. S. 133, 139 f.; 337 f.; 255; 371. Die Verhandlungen sind ausführlich wiedergegeben bei *Reding*, S. 42 ff. *Schollenberger*, Kommentar, S. 369, scheint a. A. zu sein.

[2]) *Reding*, S. 55 ff.

Das B. Ger. hat als eigentliche Kultuszwecke erklärt: Die Besoldung des Pfarrers, B. Ger. 18. Sept. 1875 i. S. Protestants de Promasens, I, 85; 29. Juni 1877 i. S. Etter et cons., III, 194; V, 430; 27. Nov. 1880 i. S Berger-Delley, VI, 504; 30 Sept. 1884 i. S. Bonhôte, X, 323; ferner XIV, 16; XIV, 163. Im Falle Bonhôte hatte die politische Gemeinde das zum Bau eines Pfarrhauses nötige Kapital entlehnt; da das Pfarrhaus nach Gesetz Eigentum der politischen Gemeinde wurde, entschied das B. Ger., die Verzinsung des Kapitals sei durch die Angehörigen der Landeskirche allein aufzubringen, die Amortisation aber durch alle Gemeindeangehörigen; der Zins stelle das Äquivalent der Miete dar, die für die Pfarrwohnung hätte bezahlt werden müssen. Die Entscheidung ist unter der Voraussetzung richtig, dass dieser Betrag so lange von den Angehörigen der Landeskirche aufzubringen war, als das Gebäude als Pfarrwohnung diente, aber nur so lange, sei nun das Kapital amortisiert oder nicht. — Der B. R. bezeichnete in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 über die Verfassungsrevision die Kirche selbst als nicht eigentlichen Kultuszweck, weil nicht ausschliesslichen Kultuszwecken dienend, das B. Ger. verwarf aber mit Recht diese Ansicht, im Gegensatz zu den Ausgaben für Friedhof, Glocken, Uhr und Turm der Kirche; B. Ger., 19. Okt. 1898 i. S. Leon, XXIV, 630. Die Verfassung verlangt diese peinliche Unterscheidung zwischen der Kirche und ihren Bestandteilen und Zugehören nicht; aber auch wenn man unterscheiden wollte, müssten Glocken, Uhr und Turm als überwiegend kirchlichen Zwecken dienend erklärt werden. Armensteuern dagegen, auch wenn sie durch konfessionelle Behörden beschlossen werden, sind keine Steuern zu Kultuszwecken; B. Ger. vom 25. Mai 1878 i. S. Mühlemann, IV, 205.

Zur Verweigerung der Kultussteuern sind diejenigen berechtigt, die der betr. Religionsgenossenschaft nicht angehören. Entscheidend ist die *Angehörigkeit* zur Religionsgenossenschaft im Rechtssinne, nicht zur Konfession oder zur Kirche im theologischen Sinne, wie schon oben unter Ziffer 5 bemerkt. Das unbedingte Austrittsrecht harmoniert nun allerdings mit der Natur einer öffentlich-rechtlichen Korporation nicht und das zeigt sich im Besteuerungsrecht: die öffentlich-rechtliche Kirchgemeinde ist eine auf die Dauer berechnete Einrichtung, sie wird gleich einer politischen Gemeinde verwaltet; übernimmt sie aber pekuniäre Verpflichtungen und erhebt sie Steuern, so muss sie gewärtigen, dass die Steuerpflichtigen die Flucht ergreifen und austreten. Sie kann zwar auch nach dem Austritt noch diejenigen Steuern erheben, die nach Steuergesetz im Zeitpunkt des Austritts bereits geschuldet waren [1]), sie könnte daher auch, um sich gegen die Gefahr massenhafter Austritte zu schützen, diejenigen, welche die Ausgabe beschlossen haben, persönlich haften lassen bis zur Tilgung der Schuld. Eine solche Verteilung der Schuld widerspricht aber dem öffentlich-rechtlichen Charakter, den die Kirchgemeinden überall besitzen [2]). Praktisch frägt es

[1]) Die Steuer kann geschuldet sein vom Augenblick an, wo der Steuerbetrag endgültig festgesetzt wird, oder am Anfang des Steuerjahres. Art. 49, Abs. 6, steht nicht entgegen, dass von allen, die der Kirchgemeinde am Anfange des Steuerjahres angehören, der ganze Steuerbetrag gefordert werde, wohl aber Art. 46, Abs. 2, wenn der Steuerpflichtige im Laufe des Jahres in die Kirchgemeinde eines andern Kantons übersiedelt.

[2]) Mit der Ausdehnung der Steuerperiode auf mehrere Jahre könnte allerdings der anfangs Austretende verpflichtet werden, die für die ganze Periode fällig gewordene Steuer zu bezahlen; eine solche Besteuerungsart wäre aber weder praktisch noch mit der B. V. vereinbar.

sich daher allein, ob der Austretende noch eine Zeitlang nach seinem Austritt weiter besteuert werden kann[1]). Die Verneinung dieser Frage entspricht wohl allein der Absicht der B. V. Der b. r. Entwurf verfügte in Art. 4, Abs. 3, dass der Ausgetretene diejenigen Steuern noch zu bezahlen habe, welche in dem gleichen Jahre, innerhalb dessen die Austrittserklärung erfolgt, verfallen; er beschränkte also die Steuerpflicht auf das Austrittsjahr, aber ohne Rücksicht darauf, ob die Steuer im Augenblick des Austrittes schon verfallen sei oder nicht.

Die b. ger. Praxis hat lediglich den Grundsatz anerkannt, dass im Zeitpunkt des Austritts verfallene Steuern noch zu zahlen sind, später fällig werdende aber nicht mehr; B. Ger., XXII, 935.

Wenn streitig ist, ob eine Person zur Landeskirche gehöre, so ist die Frage allerdings nach kantonalem Staatskirchenrecht zu prüfen, das B. Ger. ist aber kompetent, die von der kantonalen Behörde gegebene Entscheidung überzuprüfen; A. A. B. Ger., VIII, 760.

Wie die Angehörigkeit zu einer Religionsgenossenschaft, so ist auch die Steuerpflicht rein *persönlich;* dies gilt namentlich für konfessionell geteilte Familien, B. Ger. vom 29. Dez. 1888 i. S. Sciaroni e. l. c., XIV, 505 (betr. die Ehefrauen der Ausgetretenen), so lange ein B. Ges. nichts anderes vorschreibt, was m. E. wohl zulässig wäre. Aus dem gleichen Grunde sind *Personenverbände* als solche nicht steuerpflichtig: betrachtet man sie, wie es das B. Ger. anzunehmen scheint, als besondere, von ihren Mitgliedern losgelöste Rechtssubjekte, so liegt in ihrer Besteuerung mit kirchlichen Steuern eine Rechtsungleichheit, denn solche ideale Rechtssubjekte haben, wie das B. Ger. weiss, weder Glauben noch Gewissen; B. Ger. vom 16. Nov. 1878 i. S. Spar- und Leihkasse Ägerital, IV, 535; die Willkürlichkeit der Besteuerung durch *eine* Religionsgenossenschaft zeigt sich aber darin, dass ebensogut jede andere die Besteuerung beanspruchen könnte, da ja juristische Personen weder der einen noch der anderen angehören. Betrachtet man sie aber nur als eine Verbindung mehrerer physischer Personen, so kann nicht der Verband als solcher, sondern ein jedes Mitglied mit seinem Anteil besteuert werden. Dies ist m. E. nicht nur dem Resultat nach, sonden auch theoretisch das Richtige. Dabei entgehen allerdings Stiftungen jeder Besteuerung, nicht aber die daran Nutzungsberechtigten.

Kollektivgesellschaften sind, auch nach der Rechtsprechung des B. Ger., nicht als solche zu besteuern, B. Ger. vom 24. Okt. 1891 i. S. Baumann & Cie., XVII, 559; selbstverständlich sind es auch Einzelfirmen als solche nicht; B. Ger. vom 14. Juni 1884 i. S. Lang, X, 187.

Fraglich kann es sein, ob die Besteuerung des Vermögens öffentlicher Korporationen, namentlich der politischen Gemeinden, durch eine Religionsgenossenschaft zulässig ist. Wenn die Gemeinde infolgedessen selbst Steuern erheben oder ihre Steuern erhöhen muss, so ist jedenfalls diese Besteuerung oder Steuererhöhung nur gegenüber Angehörigen der besteuernden Religionsgenossenschaft verbindlich.

Solange sich die Besteuerung der Gemeinde selbst nicht durch eine Mehrbelastung ihrer Angehörigen bemerkbar macht, kann gegen

[1]) Das preussische Gesetz betr. den Austritt aus der Kirche bestimmt in § 3, dass Austretende erst mit dem Schluss des auf den Austritt folgenden Kalenderjahres von der Steuer befreit werden.

sie auf Grund des Art. 49, Abs. 6, nicht rekurriert werden; ebensowenig, wenn die Besteuerung der Gemeinde oder Korporation keine Mehrbelastung der Mitglieder, sondern nur eine Verminderung des Korporationsvermögens zur Folge hat. Eine Besteuerung ist aber m. E. mit dem Grundsatz des Art. 49, Abs. 4, unverträglich, wenn nicht das Korporationsvermögen wenigstens zu entsprechendem Teil von Gesetzes wegen kirchlichen Zwecken gewidmet ist.

Das B. Ger. hat die Besteuerung öffentlich-rechtlicher wie privater Korporationen zulässig erklärt; B. Ger. vom 30. Nov. 1878 i. S. Unterallmend-Korporation in Arth, IV, 539; 30. Nov. 1878 i. S. Bürgergemeinde Zürich, IV, 541; 10. Nov. 1883 i. S. Weder, IX, 415. Das B. Ger. (IV, 541) scheint eine Ausnahme nur machen zu wollen, wenn eine Religionsgenossenschaft oder eine religiöse Stiftung (anderer Konfession?) oder eine andere Religionsgenossenschaft zu fremden Kultuszwecken besteuert werden wollte.

B. Die Kultusfreiheit.

1. Begriff. Art. 50, Abs. 1, der B. V. gewährleistet die freie Ausübung gottesdienstlicher Handlungen; darunter ist zu verstehen das Recht des Einzelnen, Handlungen der Gottesverehrung und der religiösen Erbauung vorzunehmen, und das Recht, sich zu diesem Zweck mit Glaubensgenossen zu vereinigen und öffentlich oder privat zu versammeln. Das Recht steht dem Einzelnen gegenüber dem Staate, nicht gegenüber andern Privatpersonen zu; es ist nicht Sache der Privatpersonen, die Kultusfreiheit weder zu gewähren noch zu entziehen, noch sie in ihre Grenzen zu verweisen, sie können nur den Genuss derselben stören. Der Staat hat aber allerdings auch die Pflicht, den Einzelnen gegen solche Störungen zu schützen; tut er es nicht, so verletzt *er* die Kultusfreiheit, die Privatpersonen verletzen ihre Pflicht gegen die staatliche Ordnung. Die B. V. gewährleistet dieses Recht innerhalb der Schranken der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung.

2. Die Schranken der Kultusfreiheit. Der Begriff der *öffentlichen Ordnung* ist nicht bloss äusserlich zu verstehen, im Sinne des Verbotes gewaltsamer Auflehnung gegen die Rechtsordnung und ihre Behörden oder gegen die Regeln des an der Öffentlichkeit sich abspielenden Lebens [1]; sondern überhaupt im Sinne der Übertretung von Rechtsgeboten, die im öffentlichen Interesse aufgestellt und imperativ gefasst sind, die nach französischem Ausdruck d'ordre public sind. Dahin gehören allerdings alle Polizeivorschriften über die an der Öffentlichkeit sich abspielende Tätigkeit. Der Begriff *der Sittlichkeit* ist im Begriff der öffentlichen Ordnung in diesem Sinne schon enthalten; unsittlich im Rechtssinne sind Handlungen, die der Staat verbietet, weil sie mit allgemein anerkannten Grundsätzen der Sittlichkeit in Widerspruch stehen [2].

Nun ist es in der Regel Sache der Kantone, zu entscheiden, was der öffentlichen Ordnung und der Sittlichkeit widerspricht, und wenn

[1] Wie es z. B. das B. Ger. in anderem Zusammenhang, XXVII, 339; vgl. XV, 216, getan hat.

[2] Dass stets Handlungen und nicht blosse Ansichten gemeint sind, betont mit Recht *Vogt*, S. 7.

sich die B. V. einfach auf diese kantonalen Vorschriften beziehen wollte, so würde es vom kantonalen Gesetzgeber abhängen, die Kultusfreiheit mehr oder weniger einzuschränken [1]). Auch wenn man annehmen wollte, das kantonale Recht sei massgebend, sofern es nur im Gebiete der Kultuspolizei die Schranken der öffentlichen Ordnung nicht enger ziehe als in andern Gebieten, würde die bundesrechtliche Garantie der Kultusfreiheit zu einer relativen werden. Da der Begriff der Kultusfreiheit ein bundesrechtlicher ist, müssen es auch die ihn begrenzenden Begriffe der Sittlichkeit und öffentlichen Ordnung sein. Die Bundesbehörden haben daher auch in dieser Beziehung ein materielles Überprüfungsrecht darüber, ob die kantonalen im Interesse der öffentlichen Ordnung und der Sittlickeit aufgestellten Vorschriften das zulässige Mass nicht überschreiten; *Salis*, III, S. 23—24; B. R. B. vom 3. Juni 1885 i. S. Genillart und Kons. (B. Bl. 1885, III, 397). Diese Frage haben sie mangels anderer positivrechtlicher Anhaltspunkte nach denjenigen Grundsätzen zu entscheiden, die sie auf Grund der B. V. als Gesetzgeber aufstellen würden. Über das nach Art. 50, Abs. 1, zulässige Mass gehen jedenfalls alle diejenigen Verfügungen hinaus, die nicht durch allgemeine Polizeigesetze des Kantons vorgesehen sind und sich daher nach kantonalem Recht als ausnahmsweise, wenn auch nicht (kantons-)verfassungswidrige darstellen.

Bleiben die kantonalen Behörden innerhalb dieser Grenzen, so brauchen sie sich zur Rechtfertigung ihrer Verfügungen nicht auf ihr Recht zur Handhabung der Ordnung und des öffentlichen Friedens unter den Angehörigen der verschiedenen Religionsgenossenschaften zu berufen (Art. 50, Abs. 2, B. V.), wohl aber wenn sie darüber hinausgehen.

Der Begriff der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung wurde Gegenstand häufiger Erörterung in den Beschwerden, welche die Massregeln gegen die Heilsarmee veranlassten [2]). Die einschneidendsten dieser Massregeln gingen über die Anwendung bestehender Polizeigesetze hinaus, z. B. das gänzliche Verbot öffentlicher Versammlungen oder sogar privater Versammlungen abends, das gänzliche Verbot öffentlicher Umzüge [3]), propagandistischer Tätigkeit und des Einladens zu öffentlichen Versammlungen, nicht aber das Verbot, lärmende Musikinstrumente zu gebrauchen und Kinder unter 16 Jahren zu Versammlungen einzuladen; *Salis*, III, S. 21, 22. — Desgleichen ist es ohne weiteres zulässig, zur Aufrechterhaltung des Strassenverkehrs Prozessionen, zum Schutz der Nachtruhe das Läuten zu untersagen; auch bei Tag wird eine Beschränkung des Läutens zulässig sein. Wenn aber das Läuten der einen Konfession mit Rücksicht auf die andere verboten wird, z. B. während des Gottesdienstes der letzteren, so liegt darin nicht mehr bloss eine Beschränkung der Kultusfreiheit aus Gründen der öffentlichen Ordnung, sondern eine Massnahme zur Handhabung des konfessionellen Friedens [4]).

---

[1]) Deshalb ist die Definition *Streiffs*, S. 23, unrichtig, welcher unter öffentlicher Ordnung alle verfassungsmässig erlassenen Gesetze, Verordnungen, Erlasse und Verfügungen der weltlichen Macht versteht.

[2]) *Salis*, III, S. 11 ff. *Streiff*, S. 53 ff.

[3]) *Vogt*, 8.

[4]) Vgl. den von *Fleiner*, in der Zeitschrift 1904, XXIII, S. 23, u. d. T. „Schranken der Kultusfreiheit" besprochenen Fall. Dabei scheint mir die Anwendbarkeit des 1. u. 2. Absatzes von Art. 50 nicht genügend auseinandergehalten.

Das Schächtverbot bildet keine Ausnahme vom Grundsatz der Kultusfreiheit, wenn das Schächten wirklich eine Tierquälerei ist; das Schächten kann dann wie jede andere Tierquälerei verboten werden[1].

Neben den Normen der Sittlichkeit und der öffentlichen Ordnung, die nicht speziell auf das besondere Wesen der Konfessionen Rücksicht nehmen, erwähnt die B. V. in Abs 2 Massnahmen zur Handhabung der Ordnung und des öffentlichen Friedens unter den Angehörigen der verschiedenen Religionsgenossenschaften, die speziell das Verhältnis der Konfessionen unter sich oder zum bürgerlichen Leben regeln. Der Begriff der «*Ordnung*», zum Schutze deren besondere Massregeln getroffen werden dürfen, ist m. E. enger zu fassen als derjenige der «öffentlichen Ordnung» im 1. Absatz; nicht wegen der Verschiedenheit des Ausdruckes (die im französischen Texte fehlt), sondern wegen des Verhältnisses des 2. zum 1. Absatz und der daran geknüpften Folgen.

Unter Ordnung i. S. des 2. Absatzes ist die äussere Ordnung zu verstehen, im Gegensatz zur gewaltsamen Auflehnung gegen staatliche Gesetze und Behörden[2].

Eben deshalb sind die Kantone nicht unbedingt auf die verfassungsmässigen Massnahmen beschränkt; erste Sorge des Staates ist nicht die Beobachtung der Verfassung, sondern die Aufrechterhaltung der äussern Ordnung, denn ohne diese ist auch jene nicht möglich. Nur das muss betont werden, dass die Behörden die Pflicht haben, die öffentliche Ordnung und mit ihr die Kultusfreiheit aufrecht zu erhalten, und erst, wenn die ihnen zur Verfügung stehenden Mittel versagen, zu verfassungswidrigen Massnahmen und, soweit nötig, zur Aufhebung der Kultusfreiheit schreiten können[3]. Diese weitgehende Befugnis ergibt sich also nicht aus dem Wortlaut oder dem besonderen Zweck der Spezialbestimmung, sondern aus allgemeinen Grundsätzen: wo die äussere Ordnung wirklich bedroht ist, rechtfertigt sich die vorübergehende Aufhebung der Verfassung, sofern ein solcher Vorgang überhaupt noch rechtlich beurteilt werden kann. Es ist m. E. unrichtig, von einem Not*recht* des Staates zu sprechen.

3. Der Friede unter den Angehörigen der verschiedenen Religionsgenossenschaften ist dagegen nicht in Gegensatz gestellt zur offenen Ruhestörung, sondern zum Streit mit Wort und Schrift, zum Aufruhr der konfessionellen Leidenschaften, der die Geister trennt und das öffentliche Leben lähmt. Der Staat stellt naturgemäss den öffentlichen Frieden und die Ruhe über den Sieg der religiösen Wahrheit. Erlaubt sind aus diesem Gesichtspunkte diejenigen Massnahmen, die geeignet sind, den konfessionellen Frieden zu erhalten oder wieder herzustellen, auch wenn nicht streng nach Rechtsgrundsätzen verfahren wird. Es handelt sich hier darum, die Gegensätze verschiedener Konfessionen auszugleichen, unter Berücksichtigung auch anderer als streng juristi-

[1]) *Salis,* III, Nr. 1028. Der B. R. und die B. Vers. hatten die Frage der Tierquälerei verneint durch Beschlüsse vom 17. März 1890 und 11. Dez. 1891. *Salis,* Religionsfreiheit, 38; *Vogt,* 2.

[2]) Ebenso *Streiff,* 33.

[3]) B. Ger. vom 21. Juni 1894 i. S. Comitato basilese per l'evangelizzazione del Ticino XX, 280: eine kantonale Behörde kann sich der Pflicht, die freie Ausübung des Kultus zu schützen, nicht entschlagen aus dem blossen Grunde, weil seitens dritter Personen die öffentliche Ordnung bedroht und der Gottesdienst angegriffen wird.

scher Momente; es wird z. B. zulässig sein, zur Vermeidung von Konflikten jeder Konfession bestimmte Gottesdienststunden anzuweisen und der Konfession der Mehrheit den Vorzug zu geben; oder auch, wenn diejenige Konfession, die von alters her im Besitze der Hauptkirche war, zur Minderheit wird, den Besitzstand unverändert zu lassen; oder der einen Konfession in der Manifestation ihres Glaubens zur Schonung der Gefühle der anderen, Mehrheit oder Minderheit, gewisse Beschränkungen aufzuerlegen (Prozessionen auf öffentlicher Strasse, Geläute u. a. m.). Das Verbot, das geistliche Ornat oder geistliche Kleidung auf der Strasse zu tragen, kann sich in aufgeregten Zeiten rechtfertigen; vgl. B. R. B. vom 26. März 1874 i. S. Folletête und Kons. (B. Bl. 1874, I, 504); B. Ger., II, 178. *Ullmer,* Nr. 175. Der B. R. B. vom 12. Mai 1876 i. S. der 25 Grossräte des Kt. Bern (B. Bl. 1877, II, 17; *Salis*, 1. A., II, 687), erklärte eine Bestimmung des bernischen Gesetzes betr. Störung des religiösen Friedens vom 31. Okt. 1875 für zulässig, welche Prozessionen ausserhalb der Kirche untersagte.

Auch das herausfordernde Gebaren der Heilsarmee konnte solche besonderen Massnahmen rechtfertigen, sofern es das religiöse Gefühl der Angehörigen anderer Religionsgenossenschaften verletzte und dadurch den konfessionellen Frieden störte. Die Befugnis, zur Wahrung des konfessionellen Friedens die strikte Kultusfreiheit einzuschränken, gilt aber nur im Verhältnis der Konfessionen untereinander. Werden gottesdienstliche Handlungen gestört, nicht aus Anhänglichkeit an eine andere Konfession, sondern lediglich aus Feindschaft gegen die zu Tage tretende, wie es bei den Unruhen der Heilsarmee meistens der Fall war (vgl. *Salis,* III, S. 29), so hat lediglich der Gesichtspunkt der öffentlichen Ordnung zu entscheiden, denn die widersprechenden Bestrebungen der Anhänger einer positiven Religion und diejenigen ihrer Gegner können nicht ausgeglichen werden. Der Begriff des konfessionellen Friedens wurde lebhaft erörtert anlässlich des Erlasses des Bundesgesetzes über Eingehung der gemischten Ehen vom 3. Dez. 1850 (A. S. II, 130); der Bund ging m. E. über seine Kompetenz hinaus, einmal, weil der konfessionelle Streit wegen Erschwerung gemischter Ehen doch kaum einen grösseren Personenkreis erfassen konnte, und sodann, weil Abs. 2 Massnahmen im Auge hat, die sich auf die Ausübung der im 1. Absatz erwähnten Kultusfreiheit beziehen. Heute wäre Art. 49, Abs. 4, anwendbar[1]). Dagegen braucht nicht abgewartet zu werden, bis der konfessionelle Friede oder die äussere Ordnung wirklich gestört sind, wenn eine erhebliche Störung sicher bevorsteht. Eine konfessionelle Streitschrift oder eine verletzende Äusserung sind an sich noch keine genügenden Gründe, um besondere Massnahmen zur Erhaltung des konfessionellen Friedens zu rechtfertigen. Vgl. die Beschwerde des Reg.-Rates des Kts. Waadt über das Fastenmandat des Bischofs Abbet von Sitten, in welchem die Katholiken ermahnt wurden, ihre Kinder nicht in protestantische Schulen zu schicken, keine protestantischen Zeitungen zu lesen und sich nicht in protestantischen Landen niederzulassen. Der B. R. entschied den 19. Juni 1900, das Fastenmandat stelle sich seinem Inhalte nach als eine Art von theologischer Streitschrift

[1]) B. R. B. vom 4. März 1850 i. S. versch. Angehöriger des Kts. Schwyz, und Minderheit der N. R. K. i. S. Benz, B. Bl. 1850, I, 262; III, 25, verneinten die Kompetenz des Bundes im Gegensatz zur Mehrheit der N. R. K. (Escher). ibid. S. 1. *Streiff,* 29 ff.

dar; die Äusserung eines dogmatischen Standpunktes sei an sich noch keine Störung oder Gefährdung des konfessionellen Friedens; in Betracht falle nur die Wirkung, welche die Äusserung auf den konfessionellen Frieden habe (B. Bl. 1900, III, 457; *Salis*, III, Nr. 1040). Diese Anschauung ist bestätigt im B. R. B. vom 21. Juli 1903 betr. die Versendung von «Aufklärungszirkularen» der christkathol. Kirchenpflege in Zürich (B. Bl. 1903, III, 815). Zu betonen ist, dass der Einzelne kein Individualrecht darauf hat, dass der Staat einschreite, wenn der konfessionelle Frieden gestört oder bedroht ist.

4. Was endlich die **Eingriffe der kirchlichen Behörden in die Rechte der Bürger und des Staates** betrifft, so sind als solche zu betrachten die Verhängung unzulässiger kirchlicher Strafen (Art. 49, Abs. 2), das Verbot oder die Weigerung, staatliche Pflichten zu erfüllen, die Auflehnung gegen staatliche Gesetze, z. B. die Amtsanmassung oder die Verletzung von Amtspflichten, die Errichtung von Bistümern; eine Verletzung von Rechtsnormen des bürgerlichen oder des staatlichen Kirchenrechts muss aber wohl vorliegen, wenn man als Eingriff nicht jede dem Staate oder dem einzelnen Bürger nachteilige Handlung hinstellen will (vgl. unter Glaubens- und Gewissensfreiheit Ziffer 4—6). Das Besondere dieser Bestimmung ist, dass gegenüber den fehlbaren kirchlichen Behörden alle diejenigen Massnahmen getroffen werden dürfen, die zur Abwehr geeignet sind. Zieht man die Umstände in Betracht, unter welchen die kulturkämpferische Bestimmung zu stande kam, so kann kaum bezweifelt werden, dass auch diese Massnahmen über den Rahmen des sonst Verfassungsmässigen hinausgehen dürfen.

Die Frage, ob die «geeigneten Massnahmen» des Art. 50, Abs. 2, verfassungsmässige sein müssen, wurde nach einlässlichen Erörterungen anlässlich des sog. Kulturkampfes im Kant. Bern durch B. R. B. vom 31. Mai 1875 i. S. Moschard u. G. (B. Bl. 1875, III, 1; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 687, 729; 2. Aufl., III, S. 9)[1]), bestätigt durch B. B. vom 1. Juli 1875, in verneinendem Sinne entschieden[2]). Der B. R. selbst hatte kurz vorher mit Genehmigung der B. Vers. einen Eingriff des Bischofs Mermillod in die Rechte des Bundes, nämlich den Versuch, in Genf ein apostolisches Vikariat zu gründen, bevor Art. 50 den Abs. 4 und die Worte betr. kirchliche Eingriffe in Abs. 2 enthielt, mit der Landesverweisung beantwortet, die mit dem Niederlassungsrecht nicht in Einklang zu bringen war. B. R. B. vom 17. Febr. 1873 betr. Ausweisung des H. Kaspar Mermillod aus der Schweiz (B. Bl. 1873, I, 363). B. B. vom 30. Juli 1873 (B. Bl. 1873, III, 301). Bericht der N. R. K. Mehrheit (ibid., 409), mit ausführlicher geschichtlicher Darstellung des Falles; Minderheit (ibid., 443); der St. R. K. Mehrheit (451). *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 688; 2. Aufl., III, S. 10. *Gareis* u. *Zorn*, I, 115.

Gegenüber der Heilsarmee wurde, wie bereits erwähnt, die Kultusfreiheit selber in einer nach Art. 50, Abs. 1, nicht zulässigen Weise be-

---

[1]) *Gareis* u. *Zorn*, II, 267 ff.; *Fleiner*, Die Bischofswahl im Bistum Basel, 118, 134 ff.

[2]) B. Bl. 1875, III, 691. Bericht der N. R. K., ibid., 595; der St. R. K. Mehrheit, 1025; der Minderheit, 1030. Beschränkt man den Begriff der „Ordnung“, wie es im Texte geschehen, so ist die Frage von keiner grossen praktischen und hier von keiner besonderen theoretischen Bedeutung. Die meisten Schriftsteller stimmen dem B. B. bei. Vgl. *Samnely*, Zur Interpretation des Art. 50, Abs. 2, der Schweiz. B. V., Bern 1875, S. 5; *Ders.*, Art. 50 der Schw. B. V., S. 9 ff. *Streiff*, 33 ff.: *Gareis* u. *Zorn*, 73—74; *Vogt*, 9; *Blumer-Morel*, I, 440 ff. A. A. *Langhard*, 137.

schränkt: es wurden ihr nicht nur öffentliche Versammlungen, sondern auch private Versammlungen des Abends verboten[1]). Ob sich strenge Ausnahmsmassregeln aus der Notwendigkeit, die öffentliche Ordnung i. e. S. aufrecht zu erhalten, rechtfertigen liessen, lässt sich nur nach den damaligen Umständen beurteilen; allem Anschein nach hätten aber die Behörden gegen die Lärmmacher energischer einschreiten können. Die Untersagung öffentlicher Versammlungen wurde in einem Fall vom B. Ger., weil dem kantonalrechtlich garantierten Versammlungsrecht widersprechend, aufgehoben. B. Ger. vom 20. Febr. 1886 i. S. Schaaff u. K., XII, 93, 107; richtiger wäre es wohl gewesen, auch hier Art. 50 B. V. an zuwenden; das B. Ger. war aber nicht kompetent.

Der B. R. erklärte in mehreren Rekursentscheiden, dass das Verbot öffentlicher Versammlungen sich zwar angesichts der durch die Heilsarmee z. T. selbst verschuldeten bedeutenden Unruhen rechtfertige, dass es aber nur provisorischer Natur sein könne. B. R. B., 3. Juni 1885, i. S. Genillard u. G. (B. Bl. 1885, III, 397); 21. Okt. 1887, i. S. Rawyler u. G. (B. Bl. 1888, II, 802; *Salis*, III, S. 23—24, 26), dass aber das Verbot privater Versammlungen unzulässig sei, B. R. B. vom 18. Febr, 1887 i. S. Maurer u. G. (B. Bl. 1887. I, 317; *Salis*, ibid., S. 24—26)[2]), was auch das B. Ger., nachdem es die Kompetenz erhalten, solche Beschwerden zu entscheiden, bestätigte. B. Ger., 5. Dez. 1894 i. S. Gertsch, XX, 750: Aufhebung eines Strafurteils wegen Abhaltung einer privaten Versammlung nach 9 Uhr abends.

5. Kompetenz des Bundes und der Kantone. Die Handhabung der öffentlichen Ordnung i. e. S. und der Kultuspolizei ist Sache der Kantone; daher sind sie in erster Linie berufen, die in Art. 50, Abs. 2, vorgesehenen Massnahmen zur Handhabung der Ordnung und des konfessionellen Friedens zu treffen[3]). Der Bund ist nur subsidiär kompetent, sei es, dass die kantonalen Massnahmen nicht genügen, sei es, dass gegen die Kantone Beschwerde geführt wird. Die Eingriffe kirchlicher Behörden in die Rechte der Bürger und des Staates werden in der Regel auch gegen die Staatshoheit der Kantone gerichtet sein, da der Bund nur ausnahmsweise mit der Kirche in Beziehung tritt; missachtet eine kirchliche Behörde die Rechte des Bundes, z. B. bei Errichtung von Bistümern, so ist der Bund zum Einschreiten berechtigt. Die primäre Kompetenz des Bundes ist überall anzunehmen, wo es sich um Konflikte interkantonaler[4]) oder internationaler Natur handelt, oder wo ein Kanton selbst den konfessionellen Frieden stört[5]). Wenn gegen eine kantonale Massnahme an die Bundesbehörde rekurriert wird, so hat diese das Recht, nicht nur die Verfassungsmässigkeit der

---

[1]) Vgl. das von den Vorstehern der Polizeidepartemente von Bern, Neuenburg und Waadt am 9. Juli 1884 unterzeichnete Protokoll und den Beschluss der Berner Regierung vom 27. Aug. 1884, bei *Salis*, III, S. 14—17.

[2]) Vgl. auch den Bericht des B. R. über die Petitionen an die B. Vers. vom 2. Juni 1890, B. Bl. 1890, III, 289; *Salis*, III, S. 29 ff.

[3]) Welche kantonale Behörde kompetent ist, sagt die B. V. nicht: B. Ger. XXII, 1002.

[4]) Vgl. *Salis*, III, Nr. 1040 (Beschwerde von Waadt gegen Bischof von Sitten).

[5]) Dass der Bund erst in zweiter Linie einzuschreiten habe, bemerkt der B. R. im zit. Bericht vom 2. Juni 1890; ebenso Bericht der N. R. K. betr. das Freiburger Gesetz über die Heiligung der Sonn- und Feiertage, B. Bl. 1862, I 377; der St. R. K. 1861, II, 786. *Samuely*, Zur Interpretation Art. 11 ff.; *Artikel 50*, 12; *Gareis* u. *Zorn*, I, 64; *Streiff*, 29 ff.; *Fleiner*, Schranken der Kultusfreiheit, Zeitschrift 1904, S. 34.

Massnahme, sondern auch deren Notwendigkeit zu prüfen; eine solche, die Kultusfreiheit über das gemeine Recht (Art. 50, Abs. 1) hinaus beschränkende Massnahme ist nicht bloss daraufhin zu untersuchen, ob sie nicht ein anderes verfassungsmässiges Recht verletze als die Kultusfreiheit, sondern auch darauf, ob sie diese selbst nicht über Gebühr einschränke, sonst wäre die Kultusfreiheit gegen Massnahmen der Kantone, wie sie Abs. 2 vorsieht, bundesrechtlich gar nicht geschützt. Bei dieser Untersuchung kommt es aber wesentlich auf die Würdigung der tatsächlichen Verhältnisse an. So entschied der B. R. ausdrücklich, entgegen der Ansicht der Berner Regierung, im Beschluss vom 27. März und vom 31. Mai 1875 i. S. Moschard (B. Bl. 1875, I, 515; III, 1), bestätigt durch B. B. vom 1. Juli 1875[1]).

Die Frage, ob die Massnahmen des Art. 50, Abs. 2, auch in Form von Gesetzen getroffen werden können, hat heute keine praktische Bedeutung mehr; sie ist grundsätzlich zu bejahen; man wird es aber kaum zweckmässig finden, sich zur Beilegung von noch nicht bekannten und vorübergehenden Schwierigkeiten an dauernde Rechtsnormen zu binden.

6. Vereins- und Versammlungsrecht zu Kultuszwecken. Es ist in der Praxis wie in der Theorie stets anerkannt worden, dass zur Kultusfreiheit auch das Recht gehört, zu Kultuszwecken Vereine zu bilden und Versammlungen abzuhalten[2]).

Das Verhältnis von Art. 50 zu Art. 56 B. V. ist so zu denken, dass Art. 50 einen Spezialfall von Art. 56 normiert, den er noch besonderen Beschränkungen unterwirft. Durch seine Entscheidung vom 5. März 1887 i. S. Gentil et cons., XIII, 9, hat das B. Ger. erkannt, dass das Vereins- und Versammlungsrecht zu Kultuszwecken nicht durch Art. 56, sondern allein durch Art. 50 beherrscht wird. Ebenso B. Ger. XV, 690, womit allerdings XV, 734, nicht ganz in Einklang steht. Das Versammlungsrecht zu Kultuszwecken ist durch die B. V. gewährleistet im Rahmen der nach Art. 50, Abs. 1, zulässigen Beschränkungen allgemein polizeilicher Natur. B. Ger. XV, 690; XVII, 354.

Der Erwähnung bedarf noch das Verhältnis der privaten und öffentlich-rechtlichen Religionsgenossenschaften zum Staat.

Die Privatgenossenschaften können sich frei bilden und organisieren, sofern sie nur die Gebote der Rechtsordnung beachten. Jede staatliche Einmischung, die sich nicht aus den besonderen Bestimmungen der B. V. zu rechtfertigen vermag, ist unzulässig; der Staat kann von den Geistlichen der Privatgenossenschaften nicht verlangen, dass sie sich über einen gewissen Bildungsgrad ausweisen, oder anderen Bedingungen genügen. B. R. B. vom 6. Febr. 1880 i. S. Wildy (B. Bl. 1881, II, 696); *Salis*, III, Nr. 1026[3]). Er kann das Plazetrecht gegenüber ihnen nicht ausüben[4]).

Diese Grundsätze gelten auch gegenüber der römisch-katholischen Kirche, wo sie als private Religionsgenossenschaft organisiert ist; will

---

[1]) *Blumer-Morel*, I, 441; *Streiff*, 34.

[2]) Vgl. namentlich die anlässlich der Heilsarmee ergangenen Entscheidungen des B. R. und des B. Ger. *Vogt*, 8. Die b. r. Botschaft vom 17. Juni 1870 sagt: „Die Kultusfreiheit ist im Grunde für die Religionsgenossenschaft genau das Gleiche, was die Gewissensfreiheit für den Einzelnen. . . .“ *Vogt*, 8; *Langhard*, 133—134; *Streiff*, 8.

[3]) *Samuely*, Art. 50, S. 18—19; *Streiff*, 67; a. A. *Langhard*, 141.

[4]) Die b. ger. Entscheidung vom 29. Nov. 1889 i. S. Weber, XV, 733, ist aus diesem Grunde unrichtig; gl. A. *Samuely*, Art. 50, S. 15; *Streiff*, 60.

sich der Staat einen wirksamen Einfluss auf sie wahren, so muss er ihr die Stellung einer öffentlich-rechtlichen Korporation einräumen. Ein allgemeines Verbot an römisch-katholische Priester, Kultushandlungen im Kanton ohne die Bewilligung des Regierungsrates auszuüben, ist unzulässig, wenn die römisch-katholische Kirche Privatgenossenschaft ist; unrichtig B. R. B. vom 16. Juli 1878 i. S. Jean Chuit et cons. (B. Bl. 1879, II, 598; *Salis*, III, Nr. 1024); ebenso, wenigstens in der Begründung, B. R. B. vom 22. März 1878 i. S. Frund et cons. (B. Bl. 1879, III, 602; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 687 i. f.). Die Unterscheidung zwischen Privatgenossenschaft und öffentlich-rechtlich anerkannter Kirche bietet Schwierigkeiten bei der katholischen Kirche, die sich grundsätzlich auf den Standpunkt stellt, dass ihre Organisation allein durch das kanonische Recht beherrscht, die staatliche Anerkennung daher unwesentlich ist. Der Staat stellt sich auf den entgegengesetzten Standpunkt seines eigenen Rechtes, wonach die anerkannte katholische Kirche eine öffentlich-rechtliche Korporation oder Anstalt ist. Er muss aber auch mit sich selber konsequent bleiben: wenn er Priester der katholischen Landeskirche absetzt und sie ihres Amtscharakters entkleidet, kann er ihnen nicht nachher noch verbieten, mit ihren Anhängern privatim zu verkehren und in Privatlokalen Gottesdienst zu halten oder gottesdienstliche Handlungen auszuüben (Verwaltung der Sakramente), denn sie sind für ihn bloss noch Privatpersonen [1]). Wenn die Massnahmen der Berner Regierung im sogenannten Kulturkampf lediglich den Privatgottesdienst hätten verhindern wollen, wären sie verfassungswidrig gewesen, denn es geht nicht an, den katholischen Priestern etwas zu verbieten, was sie berechtigt sind, zu tun, und, wenn sie sich widersetzen und vom Volke unterstützt werden, sie der Störung der öffentlichen Ordnung anzuklagen, um die Kultusfreiheit aufzuheben. In Wirklichkeit war aber der Konflikt entstanden durch die Absetzung (Deplazetierung) des Bischofs Lachat seitens des Kantons und durch seine Weigerung, seinen Funktionen in der katholischen Kirche des Kantons, wie sie bestand, nämlich der staatlich anerkannten Kirche, zu entsagen. Die katholischen Geistlichen des Berner Jura aber unterstützten den Bischof Lachat in der Ausübung seiner Funktionen und machten sich damit der Beihülfe zur Amtsanmassung schuldig. — Im B. R. B. vom 15. Nov. 1873 i. S. der katholischen Kirchgemeinderäte und Pfarrgeistlichen (B. Bl. 1873, IV, 329) wurde anerkannt, dass sowohl die Laien wie die abgesetzten Geistlichen nach Belieben Gottesdienst halten können. Der B. R. B. vom 23 Mai 1876 i. S. der 25 Grossräte (B. Bl. 1877, II, 17) erklärte zulässig, denjenigen Geistlichen, die sich der Widersetzlichkeit gegen staatliche Einrichtungen schuldig machten, die Abhaltung von Privatgottesdiensten zu untersagen, gemäss Art. 3 des bernischen Gesetzes vom 14. September 1875; und der B. R. B. vom 22. März 1878 i. S. Basile Frund (B. Bl. 1879, II, 602) entschied die Bestrafung von Geistlichen, die in einem Privatlokal einen Hirtenbrief des Bischofs Lachat verlesen hatten, sei verfassungsmässig. Die Frage, ob die Absetzung Lachats rechtmässig war, ist hier nicht zu untersuchen.

Anders verhält es sich bei einer staatlich anerkannten und privilegierten Kirche, wie es die schweizerischen Landeskirchen sind. Die

[1]) *Vogt*, 8—9.

Kantone sind bundesrechtlich in der Organisation ihrer Landeskirchen vollständig frei, wie vielfach ausgesprochen wurde, vgl. die zahlreichen bei *Salis,* III, Nr. 1029—1035, angeführten Entscheidungen. Sache des Kantons ist es, zu entscheiden, nicht nur, welches die äussere Organisation, sondern auch, welches die Lehre der von ihm anerkannten Kirche sein soll; bis zu einem gewissen Grad muss er letzteres wenigstens tun, denn die Identität einer Religionsgenossenschaft bestimmt sich nach ihrem Glauben.

Die katholische Kirche macht nun aber nicht bloss die religiöse Lehre, sondern auch ihre Organisation nach kanonischem Recht zu einem Glaubenssatz, den jeder Katholik verpflichtet ist zu glauben. Damit stellt sie sich zum Staate, der sie anerkennt, in einen unlösbaren Widerspruch; denn der Staat kann unmöglich die kanonische Kirchenorganisation tale quale gelten lassen, ohne sich seiner Hoheitsrechte zu begeben. Er hat es auch nirgends getan, sondern sich in Sachen der äusseren Organisation ein Mitwirkungsrecht (jura circa sacra) vorbehalten. Kommt er bei Ausübung dieser Rechte mit den kirchlichen Behörden in Konflikt, so entscheidet jede Partei von ihrem Standpunkt aus. Die Kirche ruft die von Bundes und Kantons wegen garantierte Glaubens- und Kultusfreiheit, womit auch die katholische Kirchenorganisation garantiert sei, an, der Staat beruft sich auf die besonderen Grundsätze des Staatskirchenrechts und die unveräusserlichen Hoheitsrechte des Staates. Dieser innere Widerspruch liegt allen Konflikten zwischen Staat und katholischer Kirche zu Grunde, den aus der Absetzung des Bischofs Lachat entstandenen, wie dem Streit betr. das apostolische Vikariat in Genf. Vom Standpunkte des Bundesrechts aus ist nur das Eine zu sagen, dass die B. V. den verschiedenen Landeskirchen der Kantone und ihren Angehörigen die Glaubens- und Kultusfreiheit grundsätzlich gar nicht gewährleistet, und jede Einschränkung durch das kantonale Kirchenrecht zulässt; sie gewährleistet den Mitgliedern der Landeskirchen nur das Recht auszutreten und sich als private Religionsgenossenschaft zu konstituieren. Die kantonalen Verfassungen dagegen gewährleisten in der Regel auch den staatlich anerkannten Religionsgenossenschaften eine gewisse Autonomie in geistlichen Sachen (jura in sacra).

Die bundesrechtliche Praxis hat jenes Prinzip der vollständigen Selbständigkeit der Kantone in der Regelung ihrer Landeskirchen zwar nie in seiner abstrakten Form ausgesprochen, aber in verschiedenen Konsequenzen anerkannt. Die Kantone können ohne Verletzung der B. V. die Bedingungen aufstellen, unter denen ein Geistlicher der Landeskirche angestellt und abgesetzt werden kann, namentlich die persönlichen Erfordernisse, wie Nationalität und Bildungsgang, und die Wahlart[1]); sie können die Amtspflichten und Obliegenheiten der Geistlichen festsetzen und die Disziplin über sie ausüben[2]), das Plazet- oder das

[1]) *Salis,* III, Nr. 1024—1027, betr Absetzung, namentlich den B. B. vom 19. März 1875 betr. die Absetzung des Bischofs Lachat; B. Bl. 1875. I, 535; vgl. den Bericht des Polit. Depart., B. Bl. 1874, I, 309; und die Kommissionsberichte B. Bl. 1874, III, 323; 1875, I, 488; II, 647 u. 656. Auf dem Standpunkt des kathol. Kirchenrechts steht: *Amiet,* Die Politik und Rechtsanschauung des h. schweiz. B. R. in staatlich-kirchlichen Fragen, Sol. 1874.

[2]) *Ullmer,* II, Nr. 830: Bestrafung wegen Amtsmissbrauchs durch Angriffe auf die Zivilehe; vgl. die oben unter A. 4 a. E. angeführten Entscheidungen; ferner B. Ger. vom 18. Nov. 1897 i. S. Pf. Schweizer, XXIII, 1533: Suspendierung im Disziplinarweg. *Salis,* III. Nr. 1034.

Visierungsrecht ausüben [1]) und über die Benutzung kirchlicher Anstalten verfügen [2]).

7. Anstände über die Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften. Voraussetzung der Anwendung von Art. 50, Abs. 3, ist, dass über die Bildung oder Trennung von Religionsgenossenschaften, d. h. anlässlich solcher, ein Anstand aus dem öffentlichen oder Privatrechte entstehe.

Die Bildung einer neuen Religionsgenossenschaft kommt nur in Betracht, wenn ihre Mitglieder bisher einer älteren, noch bestehenden Genossenschaft angehörten oder noch angehören; der Umstand, dass sie förmlich ausgetreten sind, ist unerheblich, sofern nur sie einmal Mitglieder der nun in Anspruch genommenen Genossenschaft waren [3]).

Darüber, welche Teilgenossenschaft mit der früher alle Teile umfassenden Genossenschaft identisch ist und sie fortsetzt, entscheidet das kantonale Recht nach dem Kriterium, ob zwischen dem Glauben der neuen und demjenigen der bisherigen Genossenschaft ein rechtlich erheblicher Unterschied vorliege; möglicherweise setzen beide die bisherige Genossenschaft rechtlich fort. Die Frage hat aber keine Bedeutung für die Anwendung des Art. 50, Abs. 3 [4]); auch wenn die bisherigen Mitglieder einer Religionsgenossenschaft anerkanntermassen zu einem neuen Glauben übergehen, haben sie Anspruch auf die aus der zitierten Bestimmung sich ergebenden Rechte, sofern sie sich nur noch als Religionsgenossenschaft charakterisieren [5]). Anders entscheiden, hiesse entweder das kantonale Recht oder die Bundesbehörde darüber zum Richter machen, welche der Teilgenossenschaften den alten Glauben beibehalten haben, und würde zudem dem Zweck der ganzen Bestimmung widersprechen. Es ist auch gleichgültig, ob die Trennung aus eigenem Antrieb der Einzelnen erfolgt oder lediglich die Folge einer Änderung des objektiven Rechtes sei, infolge deren eine Kategorie von Bürgern von der Landeskirche ausgeschlossen werden, wie es z. B. in St. Gallen 1894 der Fall war. B. Ger. XXI, 336. Dagegen müssen sich die Austretenden, wenn sie, gestützt auf diese Tatsache, dem Staate oder der bisherigen Genossenschaft gegenüber Anspruch erheben wollen, als Genossenschaft konstituiert haben und eine *erhebliche* Anzahl von Mitgliedern der bisherigen ungeteilten umfassen. B. R. B. vom 23. Januar 1885 betr. Mariahilfrekurs (B. B. 1885, I, 223); die in Luzern neugebildete christkatholische Genossenschaft umfasste zirka 650 Personen. Bericht des B. R. vom 4. Juli 1873 in der Mariahilfsache (B. Bl. 1873. II, 1119). B. R. B. vom 27. März 1875 (B. Bl. 1875, I, 518; *Salis*, III, Nr. 1043).

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 173.

[2]) B. R. B. vom 25. März 1889 i. S. des Mariahilfrekurses, B. Bl. 1889, II, 105; *Salis*, III, Nr. 1035.

[3]) *Blumer-Morel*, I, 444. B. Bl. 1887, II, 427. Eingewanderte Katholiken in einer protestantischen Gemeinde können, wenn sie sich selbst zur Kirchgemeinde konstituieren, nicht Anteil am Kirchengut verlangen. *Schollenberger*, Kommentar, S. 398, erkennt den Ausgetretenen keinen Anspruch zu gegenüber der Genossenschaft, der sie bisher angehörten, im Gegensatz zum Fall der Spaltung; die beiden Fälle werden aber schwer auseinanderzuhalten sein.

[4]) Wohl aber für die Stellung im kantonalen Staatskirchenrecht. Die Frage der Identität ist zu formell beurteilt im b. ger. Urteil XX, 753.

[5]) Vgl. *Salis*, Der Anspruch einer Religionsgemeinschaft auf öffentlichrechliche Korporationseigenschaft, Gutachten, St. Gallen, 1898, S. 5.

Der Fall, wo ein Kanton die Trennung von Staat und Kirche durchführte, fällt demnach nicht unter Art. 50, Abs. 3, denn es handelt sich dabei nicht um eine Auseinandersetzung zwischen zwei Religionsgenossenschaften, sondern zwischen einer oder mehreren solcher und dem Staate[1]. Dagegen findet der Grundsatz der B. V. Anwendung, sowohl wenn sich innerhalb einer privaten, als wenn sich innerhalb einer öffentlichrechtlichen Genossenschaft eine Spaltung vollzieht.

Anstände des Privatrechts i. S. von Art. 50, Abs. 3, sind Anstände über das Kirchenvermögen, obgleich sie bei allen öffentlichrechtlichen Genossenschaften staatsrechtlicher Natur sind. B. Ger. vom 27. Oktober 1883 i. S. Bondo, IX, 422; 30. Okt. 1891 i. S. röm.-kathol. Kirchgemeinde Trimbach, XVII, 602; vom 24. Nov. 1897 i. S. röm.-kathol. Kirchgemeinde Laufen, XXIII, 1383. Es kommen aber nur Streitigkeiten unter den beiden Teilgenossenschaften in Betracht; die Rechte Dritter bleiben unberührt. B. Ger. XXIII, 1380[2].

Anstände des *öffentlichen Rechts* i. S. der gleichen Bestimmung sind diejenigen, welche das Verhältnis der neuen Genossenschaft zum Staate und das ihrer Mitglieder zur bisher vom Staate anerkannten Kirche betreffen, namentlich die Frage, ob der neuen Genossenschaft die Eigenschaft einer öffentlichen Korporation zukomme und ob ihre Mitglieder noch das Stimmrecht in der Staatskirche haben.

Für beide Arten von Anständen fragt es sich, ob Art. 50, Abs. 3, einen materiellen oder lediglich einen formellen, prozessualischen Rechtssatz enthalte, m. a. W. ob die zuständige Bundesbehörde (jetzt das B. Ger.) nach dem jeweilen massgebenden kantonalen Recht zu entscheiden habe, oder ob sie davon abweichen könne.

Bezüglich der *Anstände aus dem «öffentlichen Recht»* ist m. E. das kantonale Recht allein massgebend. Der Grundsatz, dass die Organisation der Landeskirche der kantonalen Souveränität angehöre, wurde in den Revisionsverhandlungen und seither in der Praxis in anderem Zusammenhang so bestimmt ausgesprochen, dass es zwingender Gründe bedürfte, um hier davon abzuweichen; es ist m. E. unannehmbar, dass lediglich aus Gründen der Billigkeit gegenüber einer vielleicht kleinen Minderheit von Dissidenten der kantonale Staat gezwungen werde, etwas anderes als öffentliche Landeskirche anzuerkennen, als was er für richtig findet. Die Austretenden sind ja als private Religionsgenossenschaft nicht schlechter gestellt als alle anderen nicht anerkannten Religionsgenossenschaften. Das B. Ger. hat also zur Entscheidung dieser Fragen lediglich das kantonale Recht anzuwenden; mit dem einzigen Unterschied gegenüber Art. 113, Ziffer 3, dass die Beschwerde nicht

[1]) *Salis,* zit. Gutachten, S. 8.

[2]) Im Mariahilfrekurs handelte es sich darum, ob der Regierungsrat als Aufsichtsbehörde über das Stiftungsgut des Ursulinerinnenfonds der politischen Stadtgemeinde Luzern verbieten könne, den Christkatholiken den Gebrauch der Mariahilfkirche zu gestatten. Ein Anstand i. S. des Art. 50, Abs. 3, lag deshalb nicht vor, weil die christkatholische Genossenschaft lediglich die Rechte der Stadtgemeinde gegenüber dem Staat geltend machte; hätte sie ein stiftungsmässiges Benutzungsrecht an der Kirche behauptet, so hätte ein solcher Anstand vorgelegen, denn dann konkurrierte sie mit der im Besitz befindlichen römisch-kathol. Gemeinde, als deren Vertreter der Reg.-Rat sich dargestellt hätte. B. Bl. 1887, II, 424.

nur zulässig ist wegen Verletzung kantonalen Verfassungsrechts, sondern irgend kantonalen Rechts [1]).

Bei *vermögensrechtlichen Ansprüchen* verhält es sich m. E. anders; der 3. Absatz ist durch die Absicht getragen, eine neue Garantie zu schaffen für Erhaltung des konfessionellen Friedens, eine Ausführung des im 2. Absatz enthaltenen Gedankens; spaltet sich eine Religionsgenossenschaft, so ist gerade die Teilung des Vermögens eine Quelle von Streit und Erbitterung der konfessionell Getrennten, viel mehr als die Gefahr, die öffentlichrechtliche Stellung einzubüssen; die aus einer staatlich anerkannten Kirche Austretenden werden es ganz natürlich finden, dass sie sich als Privatgenossenschaft konstituieren müssen. Die B. V. will es ermöglichen, dass hier nicht nach strengem Recht entschieden werde, dass möglicherweise der eine alles, der andere gar nichts bekomme. Das muss z. B. für Christkatholiken notwendig eintreten, wenn nach kantonalem Recht die römisch-katholische Konfession allein als die katholische zu gelten hat; für eine römisch-katholische Minderheit, wenn sie aus einer Gemeinde freiwillig austritt in einem Kanton, der die Mehrheit über diese Streitfrage entscheiden lässt; es soll eine billigere Ausgleichung gefunden werden, und finden sie die kantonalen Behörden nicht, so soll sie das B. Ger. finden. Die B. Vers. scheint sich bei der Verfassungsrevision die Frage, ob Abs. 3 eine materiell-rechtliche Norm enthalten solle, nicht klar vergegenwärtigt zu haben [2]); sicher aber ist, dass man damit den konfessionellen Frieden förden wollte, und damit ist unsere Auslegung gegeben [3]).

Das B. Ger. hat sich in seiner Rechtsprechung meist von einem andern Gesichtspunkt leiten lassen, demjenigen nämlich, dass das Kirchengut seinem Zweck erhalten bleiben müsse. Folgt man diesem Grundsatz konsequent, so ist eine billige Ausgleichung ausgeschlossen.

Die Zweckbestimmung des kantonalen Kirchengutes ist offenbar im kantonalen Recht und in der kantonalen Übung gegeben; wenn das Kirchengut unter allen Umständen seinem Zwecke erhalten werden soll, so muss es derjenigen Religionsgenossenschaft zugesprochen werden, deren Konfession der bisherigen entspricht; wenn nach kantonalem Kirchenrecht die römisch-katholische als identisch mit der bisherigen «katholischen» Konfession zu gelten hat, so muss das katholische Kirchengut seiner Bestimmung gemäss ausschliesslich an die Römisch-Katholischen gelangen, was dem Zweck der Verfassungsbestimmung widerspricht; wenn die öffentlichrechtliche Zweckbestimmung des Kirchengutes ausschlaggebend ist, kann es einer Genossenschaft nicht anvertraut werden, die frei darüber verfügen kann, sondern nur einer staatlich anerkannten, was wiederum

[1]) Insofern besteht von der Regel des Art. 175, Ziffer 3, eine Ausnahme; vgl. *Vogt*, Rechtsgutachten betr. den Rekurs der christkathol. Genossenschaft St. Gallen, 16—17; *Salis*, a. a. O., 5; *Samsely*, Art. 50, S. 45. Die Frage des anwendbaren Rechtes wurde denn auch stets in obigem Sinne beantwortet. wo sie sich nicht mit derjenigen der Teilung des Kirchengutes verquickte. B. Ger. XVII, 580; XXI, 341.

[2]) *Salis*, a. a. O., S. 10, kommt zum Schluss, man habe nur die prozessuale Wirkung gewollt; das B. Ger. im Urteil vom 10. Nov. 1898 in der gleichen Sache, XXIV, 647, zum entgegengesetzten.

[3]) Dafür kann angeführt werden, dass gerade im Mariahilfhandel, der den Anstoss zu der besprochenen Bestimmung gab, allerdings 11 Jahre später, der N. R. zweimal den B. R. beauftragte, eine Vermittlung zwischen den Parteien zu versuchen, anstatt die Beschwerde im Wege Rechtens zu erledigen; Beschlüsse vom 11. Dez. 1885 und 25. Juni 1886; B. Bl. 1886, II, 857, vgl. Art. 85, Ziffer 12.

eine Teilung mit Privatgenossenschaften ausschliesst. Um dieses beides zu erreichen, hat nun das B. Ger. im Urteil vom 10. Nov. 1898 i. S. christkathol. Genossenschaft in St. Gallen [1]) den notwendigen Schluss gezogen, die neu sich bildende Religionsgenossenschaft müsse vom Staate auch als öffentlichrechtliche Korporation anerkannt werden, um, gestützt auf diese Eigenschaft, ihren Teil am Kirchengut beanspruchen zu können. Damit ist die Hauptsache der Nebensache geopfert. Und wie sollte entschieden werden, wenn sich die neue Genossenschaft gerade deshalb abgetrennt hat, um vom Staate unabhängig zu sein?

Richtigerweise muss das Prinzip der Ausgleichung vorangestellt werden, und das Kirchengut seinem Zweck erhalten werden, soweit es mit jenem Prinzip verträglich ist. Die abgezweigte Genossenschaft hat daher grundsätzlich Anspruch auf Teilung, auch wenn sie keine öffentlich-rechtliche ist [2]) und wenn sie ihre Konfession verändert. Innerhalb dieser Grenzen hat aber der Staat kraft seines Aufsichtsrechts über die bestimmungsgemässe Erhaltung des Kirchengutes das Recht, auch über das den Privatgenossenschaften zufallende Gut seine Aufsicht weiter zu üben und z. B. von der Genossenschaft zu verlangen, dass sie ihm Rechnung ablege.

Aus der *Praxis über diese privatrechtlichen Anstände* sei noch hervorgehoben: Den Gedanken, dass das Kirchengut seinem Zweck erhalten bleiben muss und dass die Eigentumsrechte vor diesem Zweck zurücktreten, brachte das B. Ger. namentlich in folgenden Entscheidungen zur Geltung: vom 20. Nov. 1880 i. S. Conseil paroissial catholique de Porrentruy, VI, 605; vom 10. Mai 1890 i. S. der Stadtgemeinde Luzern (Mariahilfangelegenheit), XVI, 325; vom 30. Okt. 1891 i. S. römisch-katholische Kirchgemeinde Trimbach, XVII, 602, wo konsequent, aber unrichtig, gefolgert wurde: beim Streit um das Kirchenvermögen handle es sich darum, ob die Erfüllung des Zweckes der früheren ungeteilten Kirchgemeinde T. ausschliesslich auf die eine oder die andere der Teilgenossenschaften übergegangen sei; davon hänge das Recht auf das Kirchenvermögen ab; vom 10. Okt. 1894 i. S. römisch-katholische Kirchgemeinde Grenchen, XX, 753, wo das B. Ger. selbstherrlich entscheidet, das Kirchenvermögen der ungeteilten Gemeinde G. sei dazu bestimmt gewesen, die religiösen Bedürfnisse der Einwohner von G. zu befriedigen, und dieser Zweck werde sowohl durch die christkatholische wie durch die römisch-katholische Kirchgemeinde erfüllt; endlich vom 10. Nov. 1898 i. S. der christkatholischen Genossenschaft in St. Gallen, XXIV, 640.

Die Forderung, dass die auf Teilung Anspruch erhebende Genossenschaft öffentlichrechtliche Eigenschaft habe, ist ausgesprochen namentlich im letztzitierten Urteil, und im Urteil betr. Grenchen, XX, 753; vgl. ferner die Urteile vom 3. April 1895 i. S. christkathol. Genossenschaft der Stadt St. Gallen, XXI, 341; vom 27. Okt. 1883 i. S. Bondo, IX, 422, wo die gesamte Kirchgemeinde sich als «freie evangelische Kirche» konstituiert hatte und selbst die Anerkennung durch den Staat bean-

[1]) Vgl. *Fehr,* Staat und Kirche im Kt. St. Gallen, S. 394 ff.

[2]) *Vogt,* 11. *Blumer-Morel,* I, 445. Die Analogie des preussischen und des badischen Gesetzes, welche die staatliche Genehmigung verlangen, ist nicht zutreffend, weil dort der gleiche Staat, welcher dies vorschreibt, auch die Bedingungen aufstellt, unter denen diese Genehmigung erlangt werden kann, während der Bund dies nicht tun kann.

spruchte, um in den Besitz des Kirchenvermögens zu gelangen; XVII, 602 (Trimbach).

Gegenstand der Teilung ist das bisher gemeinsam besessene Vermögen, B. Ger. XX, 753, und zwar ist die ganze Ausscheidung eine einheitliche Operation, die vom B. Ger. in allen Teilen abgeändert werden kann, wenn sie in einem angefochten wird, B. Ger. XXIII, 1380; ausserhalb dieses Verfahrens bleiben aber die Rechte Dritter; in eben zitiertem Fall handelt es sich um die Haftung der beiden Teilgenossenschaften gegenüber Dritten und die Eigentumsansprüche der politischen Gemeinde.

Für die Ausscheidung selbst ist in erster Linie das kantonale Recht massgebend; die Entscheidung der kantonalen Behörden (nach kantonalem Recht) ist aber abzuändern, erklärt das B. Ger., wenn sie allgemeine Rechtsgrundsätze verletzt oder mit den Anforderungen der Billigkeit im Widerspruch steht, B. Ger. XX, 703; insbesondere wenn es die Erhaltung des religiösen Friedens erheischt, B. Ger. XXIII, 1380. Richtiger ist zu sagen: dass die entscheidende Behörde hier wie oft auf die Billigkeit verwiesen ist, d. h. die richtige Entscheidungsnorm selbst zu finden hat; sie soll aber nicht nach Opportunität entscheiden: der Umstand, dass eine Partei den Standpunkt des staatlichen Kirchenrechts nicht anerkennt und sich mit dem danach gefällten Urteil nicht zufrieden geben wird, kann nicht in Betracht fallen, sonst müsste die stärkere und unnachgiebigere Partei stets den Vorteil haben. Empfiehlt es sich daher im allgemeinen, das Kirchengut realiter zu teilen, so kann dies doch nicht unbedingt gefordert werden, z. B. da, wo Hauptbestandteile des Kirchengutes, wie die einzige Kirche, unteilbar sind[1]).

Das B. Ger. erklärte, dass die Berechnung der Anteile der streitenden Parteien an teilbaren Objekten ohne Verletzung der Billigkeit nach Massgabe der stimmberechtigten Mitglieder oder der Seelenzahl erfolgen könne, B. Ger. XX, 755; im zitierten Falle wurde nach der Zahl der Stimmberechtigten geteilt, vgl. B. Ger. XXIII, 1883.

M. E. muss die einmal vorgenommene Teilung revidiert werden können, wenn sich die Verhältnisse dauernd verändert haben, namentlich wenn sich das Verhältnis der Mitgliederzahl erheblich verschoben hat; der Grundsatz ist aber ohne genaue Normierung schwer anzuwenden.

Die gleichen Grundsätze sind analog auch auf Privatgenossenschaften, die sich spalten, anwendbar[2]); sie bewirken, dass jede sich i. S. von Art. 50, Abs. 3, abtrennende Genossenschaft Anspruch auf einen Anteil am Vermögen der bisher ungeteilten Genossenschaft hat, auch wenn der Anspruch nach Zivilrecht nicht begründet wäre; nur wenn die einzelnen Mitglieder im Zeitpunkt ihres Austritts aus der bestehenden Genossenschaft auf ihre Vermögensansprüche verzichtet haben,

---

[1]) In Fällen, wo nur *eine* passende Kirche vorhanden war, hat daher das B. Ger. mit Recht den Simultangebrauch zwischen Christkatholiken und Römischkatholiken angeordnet, ungeachtet des kirchlichen Verbotes auf Seite letzterer; die Berücksichtigung dieses Verbotes, soweit tunlich, empfiehlt sich indessen um so eher, als es in einer für die einzelnen Pfarrgemeinden verbindlichen Weise aufgestellt ist. Vgl. B. Ger. v. 24. Nov. 1897 i. S. röm.-kathol. Kirchgemeinde Laufen, XXIII, 1380; 14. März 1900 i. S. röm.-kathol. Kirchgem. Wegenstetten und Zuzgen, XXVI, 34. Der Simultangebrauch ist schon durch den 4. Landfrieden von 1712 für die gemeinen Vogteien angeordnet. Vgl. *Salis*, Kultusfreiheit, 61.

[2]) *Schollenberger*, Kommentar, S. 377, scheint a. A. zu sein.

wäre anders zu entscheiden; das Recht, ohne diesen Verzicht auszutreten, kann ihnen aber durch Statut nicht genommen werden.

Die Praxis hatte sich nur einmal grundsätzlich mit der Frage, ob eine neugebildete Religionsgenossenschaft Anspruch auf die Eigenschaft einer öffentlichrechtlichen Korporation habe, zu befassen, im mehrerwähnten Falle der christkathol. Genossenschaft in St. Gallen, B. Ger. XXIV, 640; mehrmals aber mit der Frage *des Stimmrechts* von Mitgliedern einer sich abtrennenden Genossenschaft. In dieser Beziehung ist zu bemerken, dass das kantonale Kirchengesetz darüber entscheidet, wer Mitglied der öffentlichrechtlichen Kirchgemeinden und stimmberechtigt ist. Es kann vom Unterschied zwischen römisch- und christkatholisch ganz absehen, und es der Mehrheit überlassen, zu entscheiden, ob sie sich der römischkathol. oder der christkatholischen Kirche anschliessen wollen; es kann aber auch den Fall vorsehen und regeln, sei es, indem es nur die eine oder andere Konfession anerkennt, sei es, dass es die Angehörigen von Gesetzes wegen organisiert, oder sich mit öffentlichrechtlicher Eigenschaft zu organisieren gestattet. Dies alles ist häufig unklar und bestritten. Stets aber bildet das kantonale Gesetz oder die kantonale Verfassung, nicht der Wille der einzelnen Gemeinde, die schliessliche Rechtsgrundlage ihrer Organisation, wie nicht anders möglich. Wo daher nach Gesetz die Mehrheit darüber zu entscheiden hat, welcher Konfession sich die Gemeinde anschliessen will, muss die Minderheit wenigstens bei derjenigen Abstimmung, wo sich diese Frage entscheidet, das Stimmrecht haben. Die Gemeinde selbst kann dies nicht abändern [1]). Das Stimmrecht in der Kirchgemeinde haben alle, welche die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen, gleichgültig, ob sie daneben noch einer Privatgenossenschaft angehören oder nicht [2]).

Errichtung von Bistümern. Von der Regel, dass der Bund sich in die Organisation der Kirche nicht einmische, macht Abs. 4 des Art. 50 eine Ausnahme. Obschon erst 1874 in die B. V. aufgenommen, war dieser Grundsatz schon unter der B. V. von 1848 tatsächlich geübtes Bundesrecht. Vgl. den schon zitierten B. B. vom 22. Juli 1859 und die in Ausführung desselben getroffenen Vereinbarungen mit dem h. Stuhl. *Salis,* 1. Aufl., II, Nr. 751.

---

[1]) Dagegen scheint der B. R. B. vom 12. Nov. 1880 i. S. Starrkirch-Dullikon, B. Bl. 1881, II, 694; *Salis,* III, Nr. 1044, zu verstossen, wenigstens in der Begründung.

[2]) Vgl. den zitierten B. R. B., sowie denjenigen vom 8. Sept. 1882 i. S. Steinmann, B. Bl. 1883, II, 875: *Salis,* III, Nr. 1045; hier hatte sich die Kirchgemeinde als christkathol. Gemeinde erklärt; die römisch-kathol. Minderheit behauptete nun, die frühere ungeteilte „katholische" Gemeinde bestehe noch zu Recht; in etwas konfuser Weise entschied der B. R., als Mitglieder einer besonderen privaten römisch-kathol. Genossenschaft seien sie in der „christkathol. Pfarrgemeinde" nicht stimmberechtigt, behaupten sie aber, die frühere Gemeinde bestehe noch weiter, so müsse zuerst die kant. Behörde darüber entscheiden Es wäre vor allem zu prüfen gewesen, ob die christkatholische Gemeinde öffentlichrechtlichen Charakter habe, und, wenn ja, wer von Rechts wegen zu ihr gehöre. Richtig ist das b. ger. Urteil vom 21. Dez. 1891 i. S. Morand et cons., XVII, 580, wo erklärt ist, dass die Frage lediglich nach dem kantonalen Kirchengesetz zu beantworten sei, ob die Römischkatholischen in einer Kirchgemeinde noch das Stimmrecht haben, nachdem diese sich als Kirchgemeinde der christkathol. Kirche organisiert hat. Das Urteil vom 2. April 1895 i. S. christkathol. Genossenschaft der Stadt St. Gallen, XXI, 341, entschied richtig, es sei Sache des Kantons, seine Landeskirche zu organisieren und ihr Glaubensbekenntnis zu bestimmen; aber deshalb allein, und nicht etwa weil sie sich als christkatholische Kirche konstituiert hatten, waren die Christkatholiken mit ihrem Anspruch, als öffentlichrechtliche Korporation anerkannt zu werden, abzuweisen.

Der B. R. erklärte mit Schreiben vom 11. Febr. 1873 dem päpstlichen Geschäftsträger, die schweizerischen Staatsbehörden haben zu allen Zeiten den Grundsatz festgehalten, dass die Fragen über die Organisation der Bistümer nur mit ihrer Zustimmung erledigt werden können. *Salis*, III, Nr. 1082. Das Schreiben betraf den Versuch des h. Stuhles, im Kanton Genf ein apostolisches Vikariat zu errichten, ein Vorgang, der in aller Erinnerung war, als die neue B. V. beraten wurde.

Ein Bistum kann nach kanonischem Recht nur durch eine päpstliche Zirkumskriptionsbulle errichtet werden; Art. 50, Abs. 4, richtet sich zunächst gegen die römische Kurie selbst, indem er ihr verbietet, ohne Genehmigung der Bundesbehörde ein Bistum in der Schweiz zu errichten. Dieses Verbot gilt auch für das Gebiet von Kantonen, in denen die römisch-katholische Kirche vom Staate nicht anerkannt ist. Aber auch die Kantone sollen ein ohne Genehmigung des Bundes errichtetes Bistum nicht anerkennen. Wenn über die spätere Errichtung einer Diözese ein Konkordat geschlossen wird zwischen dem h. Stuhl und dem Staat, so finden sowohl Art. 8—10 B. V., wie Art. 50, Abs. 4, Anwendung; kraft Art. 8 kann der Bund entweder von sich aus das Konkordat abschliessen, oder bloss namens der beteiligten Kantone die Verhandlungen führen (Art. 8—9); kraft Art. 50, Abs. 4, hat er das Recht, das Konkordat zu genehmigen, was er indessen nicht ausdrücklich zu tun braucht, da er ja als Vertragspartei oder Vertreter der vertragschliessenden Kantone das Zustandekommen eines Konkordates, dem er nicht zustimmt, von vornherein verhindern kann. Selbstverständlich hat er nicht nur das Recht, zu prüfen, ob ein Bistum errichtet werden soll, sondern auch, wie es errichtet werden soll, in welchem Verhältnis es zu den andern Bistümern der Schweiz und des Auslandes, zu ausländischen Erzbistümern und zum h. Stuhl, sowie auch zum Staat, d. h. zu den Kantonen stehen soll [1].

Wie die Errichtung, so ist auch jede Veränderung der genehmigten Umgrenzung der vom Bund anerkannten Diözesankreise der Genehmigung der Bundesbehörden zu unterstellen, auch wenn durch die Veränderung ein neues Bistum nicht entsteht; denn die Genehmigung wurde einer bestimmt umgrenzten Diözese erteilt [2].

Fraglich kann es sein, ob auch die Kantone gebunden seien an den vom Bunde anerkannten Rechtszustand. Sicher dürfen sie keine positive Änderung vornehmen, indem sie sich einem anderen bischöflichen Sprengel anschliessen [3]. Dagegen können sie m. E. ohne Verletzung des Art. 50, Abs. 4, der bischöflichen Jurisdiktion ihre Anerkennung entziehen und aus dem Diözesanverband mehrerer Kantone austreten, kraft ihres Rechtes, die Landeskirche nach eigenem Ermessen zu organisieren, wie sie die katholische Kirche auch gar nicht als Landeskirche anzuerkennen brauchen [4]. «Die B. V. wollte lediglich, sagt

[1]) Damit stimmt die Erklärung des B. R. vom 26. Juni 1888, *Salis*, III, S. 166—167, nicht überein; vgl. oben Art. 8—*9*.

[2]) *Salis*, III, Nr. 1083; *Samuely*, Art. 50, S. 15; *Blumer-Morel*, I, S. 449; *Streiff*, 45.

[3]) Der Beschluss des Zürcher Kantonsrates vom Nov. 1875, welcher den katholischen Kirchgemeinden des Kantons gestattet, darüber sich schlüssig zu machen, welchem Bistum sie sich anschliessen wollen, war deshalb streng genommen nicht korrekt; *Gareis* u. *Zorn*, I, 77; nicht weil der Kanton damit auf seine Rechte gegenüber dem Bistum Chur verzichtete, wie *Vogt*, 11, und *Fleiner*, Bischofswahl, 115, meinen.

[4]) Von diesem Rechte macht Bern Gebrauch, indem es seit dem Konflikt mit Bischof Lachat keine offiziellen Beziehungen mehr zum Bistum Basel unterhält. Vgl. *Fleiner*, Kirchenpolitik im Bistum Basel, Zeitschrift, 1899, XVIII, S. 32 ff.

Fleiner, gegen eine ungebührliche Steigerung der päpstlichen Gewalt, wie sie in der unbeschränkten Errichtung neuer Bistümer liegt, Vorsorge treffen.» Es ergibt sich dies auch aus der Natur der Genehmigung, die nicht das Recht gibt, zu fordern, sondern nur, zu verbieten.

Der Bund hat seit 1874 zweimal von seinem Genehmigungsrecht gegenüber der römisch-katholischen Kirche Gebrauch gemacht, indem er sich der Errichtung eines apostolischen Vikariates im Kanton Genf widersetzte und indem er die Bistumsverhältnisse des Kantons Tessin ordnete. Der Versuch, den Kanton Genf vom Bistum Lausanne abzutrennen und zu einem unter bischöflicher Jurisdiktion stehenden apostolischen Vikariate zu machen, fiel unter die in Frage stehende Verfassungsbestimmung, einmal, weil das apostolische Vikariat nichts anderes als ein provisorisches Bistum war, und sodann, weil die nach dem päpstlichen Breve «Inter multiplices» vom 30. Sept. 1819 bestehende Diözesanverfassung des Bistums Lausanne abgeändert wurde, indem der Bischof auf die Ausübung seiner Jurisdiktion im Kanton Genf verzichtete [1]. Im zweiten Fall handelte es sich darum, den Kanton Tessin entweder einem Bistum einzuverleiben oder ihn zu einem besonderen Bistum zu erheben; das Genehmigungsrecht war unzweifelhaft gegeben [2].

Als Art. 50, Abs. 4, in die B. V. aufgenommen wurde, hatte man wohl nur die römisch-katholische Kirche im Auge; da sich die Bestimmung aber nicht ausdrücklich auf die römisch-katholische Kirche beschränkt, ist grundsätzlich nicht ausgeschlossen, dass sie auf andere Kirchen Anwendung finde, sofern sie die für Annahme fraglicher Bestimmung ausschlaggebenden Eigentümlichkeiten der römisch-katholischen Kirche aufweisen, namentlich die straffe monarchische Organisation und die internationale Ausdehnung [3]. Tatsächlich erteilte der B. R. durch Beschluss vom 28. April 1876 seine Genehmigung der Errichtung eines christkatholischen Bistums in der Schweiz, mit dem Vorbehalt, dass der zu ernennende Bischof das Schweizerbürgerrecht besitze, in der Eidgenossenschaft seinen Wohnsitz habe und ausserhalb derselben keine geistlichen Funktionen ausübe [4].

Die zur Erteilung der Genehmigung kompetente Behörde ist der B. R., da es sich um einen Verwaltungsakt handelt [5], wird aber die Genehmigung in Form eines Konkordates erteilt, so gelten die Regeln über den Abschluss von Staatsverträgen.

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, dass Art. 50, Abs. 4, kein Individualrecht jedes einzelnen Bürgers begründet. B. Ger., 2. April 1887 i. S. Stoppani u. G., XIII, 126. Vgl. B. R. B. v. 18. Okt. 1887 i. gl. S. (B. Bl. 1887, IV, 126, 183; *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 691).

---

[1] *Gareis* u. *Zorn*, I, 77; 116—117. *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 688; 2. Aufl., III, S. 30, und die Rezension von *Salis* dazu, Zeitschr. f. schweiz. Recht, 1898, XVII, 31.

[2] *Salis*, III, Nr. 1085. *Fleiner*, Staat und Bischofswahl im Bistum Basel, 1897, S. 119 ff. *Peri-Morosini*, La questione diocesana Ticinese, Einsiedeln 1892. *Büchi*, Die katholische Kirche in der Schweiz, München 1902, 28—32. *Bertoni*, 295.

[3] *Gareis* u. *Zorn*, I, 76–77.

[4] B. Bl. 1877, II, 21; *Salis*, III, Nr. 1086; *Gareis* u. *Zorn*, II, 204. Anhang LXV ff.

[5] A. A. die Minderheit der N. R. K. in ihrem Bericht vom 26. Juni 1888, B. Bl. 1888, III, 675; *Salis*, III, S. 168.

Art. 51.

Der Orden der Jesuiten und die ihm affiliierten Gesellschaften dürfen in keinem Teile der Schweiz Aufnahme finden, und es ist ihren Gliedern jede Wirksamkeit in Kirche und Schule untersagt.

Dieses Verbot kann durch Bundesbeschluss auch auf andere geistliche Orden ausgedehnt werden, deren Wirksamkeit staatsgefährlich ist oder den Frieden der Konfessionen stört.

I. Geschichte.

Das Jesuitenverbot entstand in der Zeit, als sich die katholisch-konservativen und die protestantisch-radikalen Kantone der Schweiz in hartem Streite gegenüberstanden. Nachdem Luzern am 24. Februar 1844 grundsätzlich beschlossen hatte, die dortige theologische Lehranstalt und das zu gründende Priesterseminar den Jesuiten zu übergeben, stellte Aargau in der Tagsatzung den Antrag, den Jesuitenorden in der Schweiz von Bundes wegen aufzuheben und auszuweisen. Die Tagsatzung verwarf den Antrag am 20. Aug. gl. J. mit 17²/₂ Stimmen gegen 1¹/₂. Der Gegenstand blieb indessen auf den Traktanden und im folgenden Jahre stimmten 10 Kantone dafür, die Angelegenheit der Jesuiten als Bundessache zu erklären, 1846 10²/₂ Kantone und am 3. Sept. 1847 endlich wurde mit 12 Standesstimmen folgender Beschluss gefasst:

«Die eidgenössische Tagsatzung,

In Betracht, dass dem Bunde nach Art. I und VIII der Bundesakte unbestreitbar das Recht zusteht und die Pflicht obliegt, für die innere Sicherheit und die Handhabung der Ruhe und Ordnung in der Eidgenossenschaft die erforderlichen Massregeln zu treffen;

In Betracht, dass der in einzelnen Kantonen aufgenommene Jesuitenorden diese Ruhe und Ordnung gefährdet, und dass besonders auch die Berufung desselben in einen vorörtlichen Kanton sich als unverträglich mit der Ruhe und Ordnung in der Eidgenossenschaft herausgestellt hat,

beschliesst:

1. Die Jesuitenangelegenheit ist von Bundes wegen zu behandeln.
2. Demgemäss werden die h. Stände Luzern, Schwyz, Freiburg und Wallis eingeladen, die Jesuiten aus ihrem Gebiete zu entfernen.
3. Jede künftige Aufnahme des Jesuitenordens in die Kantone der Eidgenossenschaft ist von Bundes wegen untersagt[1].»

Dieser Grundsatz war es zum guten Teil, um den im Sonderbund gefochten wurde; es konnte daher bei der Beratung der neuen B.V. nicht ernstlich davon die Rede sein, ihn wieder aufzuheben. Er wurde als Art. 58 in die B.V. von 1848 aufgenommen:

«Der Orden der Jesuiten und die ihm affiliierten Gesellschaften dürfen in keinem Teile der Schweiz Aufnahme finden[2].»

---

[1]) Eidgen. Absch. 1847, I, 222.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 28; Absch. 1847, 4. Bd., S. 272.

Die Anwendung dieses Grundsatzes gab Anlass zur Frage, ob einzelne Mitglieder des Jesuitenordens in der Schweiz aufgenommen werden können. Das eidgen. Justiz- und Polizeidepartement verneinte in einem Gutachten die Frage grundsätzlich, indem es dem Bunde das Recht vorbehielt, einzuschreiten, wenn sich der Orden auf diesem Wege in die Schweiz wieder einschleichen wollte; ein bestimmtes Kriterium für das Einschreiten oder Nichteinschreiten gebe es aber nicht; es komme nicht nur auf die Individualität des einzelnen Falles, sondern ebensosehr auf die dannzumalige allgemeine politische Situation an, eine politische mehr als eine Rechtsfrage. Der B. R. schloss sich am 13. Nov. 1863 dieser Auffassung an; *Ullmer*, II, Nr. 835. Er sah sich aber bald darauf veranlasst, zu erklären, obschon die B. V. nur vom Orden der Jesuiten spreche, finde er doch auch auf einzelne Mitglieder Anwendung[1]; gewiss mit Recht[2]. Um darüber jeden Zweifel auszuschliessen, wurde in der B. V. von 1874 dem Art. 51, Abs. 1, der zweite Satz angefügt. Die politische Sektion der N. R. K. hatte den Zusatz vorgeschlagen mit dem Unterschied, dass es statt «und es ist ihren Gliedern» hiess «und es ist *ihnen*». Auf Antrag *Anderwerts* wurde dieser Ausdruck in der N. R. K. geändert. Ein Antrag von *Jolissaint*, der Bestimmung nachstehende Fassung zu geben, wurde abgelehnt: «Der Orden der Jesuiten und diejenigen Gesellschaften, welche den gleichen Zweck verfolgen, dürfen ...». Im N. R. begründete der Referent der Kommission den Zusatz u. a. mit den Worten: Das Wesentliche des Jesuitenordens bestehe im Lehramte und ohne Zweifel habe schon der jetzige Artikel bezweckt, die individuelle Tätigkeit auch der einzelnen Ordensglieder zu verhindern.

Der zweite Absatz des heutigen Art. 51 wurde i. J. 1873 von der N. R. K. vorgeschlagen und von dort an beibehalten. Obschon die Minderheit die Unbestimmtheit des Begriffes der Affiliation ausdrücklich hervorhob, gab niemand eine Erläuterung. Zwei Anträge, darüber entweder das B. Ger. nach kontradiktorischem Verfahren (*Weck-Reynold* und *Arnold*) oder den B. R. (*Carteret*) entscheiden zu lassen, wurden abgelehnt; über den Antrag, durch den B. R. diejenigen Gesellschaften bezeichnen zu lassen, welche dem Orden der Jesuiten verwandt (affiliiert) sind (*Joos*), wurde nicht abgestimmt[3].

II. Auslegung[4].

A. Art. 51, Abs. 1, enthält zwei verschiedene Rechtssätze: Der erste lautet, dass der Orden der Jesuiten und die ihm affiliierten Gesell-

---

[1]) Schreiben des B. R. an Wallis vom 12. Dez. 1866; B. Bl. 1866, III, 94, 860; 1867, I, 778, vgl. 1867, II, 69, 367. Diese Auffassung wurde anlässlich der Prüfung des Geschäftsberichts durch die Kommissionen beider Räte ausdrücklich gebilligt; B. Bl. 1867, II, 127, 714. Der B. R. konstatierte dies in seinem Kreisschreiben v. 11. April 1870, B. Bl. 1870, I, 529.

[2]) Vgl. die Kritik von *Attenhofer*, Die rechtliche Stellung der kathol. Kirche gegenüber der Staatsgewalt in der Diözese Basel, Heft III, Die geistlichen Orden, Luzern 1871. S. 20 ff.

[3]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 137—139, 225; der St. R. K., S. 19—20. Prot. des N. R., S. 294 ff.; 306 - 307; *557*, 579—580. Prot. des St. R. vom 9. u. 27. Febr. 1872. *Bulletin*, S. 369, 531. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 133, 140, 157, 160, 343.

[4]) *L. R. v. Salis*, Das Jesuitenverbot der B. V., insbesondere der Begriff der Affiliation. Zeitschrift, 1891, X, S. 26. *J. Huber*, Der Jesuitenorden, Berlin 1873. *Heimbucher*, Die Orden und Kongregationen der kathol. Kirche, Paderborn 1876, II, 34 ff. *Schollenberger*, Kommentar, S. 383.

schaften in keinem Teile der Schweiz aufgenommen werden sollen; der zweite, dass ihren einzelnen Gliedern jede Wirksamkeit in Kirche und Schule untersagt ist[1]).

1. Der erste Satz kann dahin näher formuliert werden, dass dem Orden der Jesuiten und den ihm affiliierten Gesellschaften verboten ist, in der Schweiz eine Ordensniederlassung zu nehmen; über den Begriff der Ordensniederlassung vgl. unten Art. *52*. Hier ist der Begriff der *Affiliation* zu erörtern. Mit *v. Salis* ist anzunehmen, dass in Art. 51 nicht der Begriff der rein religiösen Affiliation oder Aggregation gemeint ist, der in der Übertragung und Mitteilung der geistlichen Gnaden, Indulgenzen und Privilegien besteht, und auch nicht die innere Verwandtschaft gleicher Ziele und gleicher Mittel, sondern eine organische Verbindung mit dem Jesuitenorden. Dass die Verfolgung gleicher Ziele, die gleiche geistige Tendenz, zur Affiliation nicht genügt, geht daraus hervor, dass der Antrag *Jolissaint* in der N. R. K. 1871 verworfen wurde, hauptsächlich aber daraus, dass Abs. 2 von Art. 51 gestattet, das Verbot auch auf andere geistliche Orden auszudehnen, deren Wirksamkeit staatsgefährlich ist, worunter gerade solche zu verstehen sind, deren Wirksamkeit derjenigen der Jesuiten ähnlich ist; auf solche Gesellschaften findet also Abs. 1 nicht ohne weiteres Anwendung. Affiliation i. S. der B. V. liegt m. E. bei solchen religiösen Gesellschaften vor, an deren Leitung oder Beaufsichtigung die Jesuiten beteiligt sind, z. B. als Berater oder Beichtväter, und zwar gleichviel, ob diese Beteiligung durch die Verfassung der Gesellschaft vorgesehen ist oder bloss tatsächlich besteht; letzteren Falls hört allerdings die Affiliation mit jenem tatsächlichen Verhältnis auf[2]).

Ob Affiliation auch dann anzunehmen ist, wenn die rein historische und vielleicht längst vergangene Tatsache vorliegt, dass der Jesuitenorden oder einzelne Mitglieder desselben bei der Gründung der Gesellschaft beteiligt waren, oder wenn die Gesellschaft mit offenbarer, sei es mit in den Statuten ausgesprochener, sei es unausgesprochen gebliebener Rücksicht auf den Jesuitenorden gegründet wurde, wie *v. Salis* meint, scheint mir zweifelhaft. Die Frage, ob es eine Affiliation im zweiten Grade geben könne, d. h. ob auch diejenige Gesellschaft affiliiert sei, die einer ihnen affiliierten Gesellschaft affiliiert ist, wird eher zu bejahen sein[3]).

---

[1]) Das deutsche Gesetz vom 4. Juli 1872 unterscheidet sich von unserer Verfassungsbestimmung dadurch, dass es zwar Ordensniederlassungen auch schlechthin verbietet, die einzelnen Mitglieder aber nur aus dem Reichsgebiete auszuweisen gestattet, wenn sie Ausländer sind; die Inländer können bloss aus bestimmten Bezirken oder Orten verwiesen oder an bestimmten Orten des Reiches interniert werden.

[2]) *v. Salis*, a. a. O., 52, nimmt das Gegenteil an, indem er sagt, die bloss tatsächliche Beeinflussung eines Ordens durch die Jesuiten genüge nicht zur Affiliation. M. E. genügt auch nur die Ausübung einer regelmässigen Funktion, was durch die Entfernung der Jesuiten aus schweiz. Gebiet allerdings kaum mehr tunlich ist. — *Attenhofer*, a. a. O., S. 46 ff. bezeichnet als Affiliation die Abhängigkeit oder Gleichheit des Zweckes und der Statuten, was aber heute nicht mehr vorkomme.

[3]) *v. Salis*, a. a. O., 52. Das deutsche Reichsgesetz vom 4. Juli 1872 trifft den „Orden der Gesellschaft Jesu und die ihm verwandten Orden und ordensähnlichen Kongregationen". Für die Verwandtschaft scheint die Gefährlichkeit für den Staat und für den konfessionellen Frieden massgebend zu sein, also diejenigen Merkmale, die zur Anwendung des 2. Absatzes von Art. 51 berechtigen. Der deutsche Bundesrat hat durch Bekanntmachungen vom 5. Juli 1872 und 20. Mai 1873 als jesuitenverwandt verboten: die Redemptoristen, Lazaristen, Priester vom h. Geist und die Schwestern vom h. Herzen Jesu, mit Bekanntmachung vom 18. Juli 1894 hat er aber die Redemptoristen und die Priester vom h. Geist vom Verbot wieder ausgenommen. Vgl. *Stengel*, Wörterbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I, 669. *Seydel*, Kommentar der d. Reichsverfassung, S. 113 f.

Der B. R. erklärte 1872 als dem Jesuitenorden affiliiert die Ursulinerinnen in Freiburg, deren Statuten bestimmten, dass man Jesuiten zu Beichtvätern nehmen solle, wenn solche am Orte seien, dass die Ernennung zu den Ämtern des Ordens in Gegenwart des Bischofs und womöglich zweier Jesuiten vorzunehmen sei, und dass die Oberin die Jesuiten in allen wichtigen Angelegenheiten zu befragen habe [1]).

Der B. R. bezeichnete auch die Redemptoristen (Ligorianer) als Affiliierte der Jesuiten, kam aber später auf seine Ansicht zurück, indem er erklärte, er betrachte den Beweis ihrer Jesuitenaffiliation nicht als geleistet; vgl. den Fall Masson (B. Bl. 1877, II, 530); *Salis*, Bundesrecht, 1. Aufl., II, Nr. 766; ebenso B. Bl. 1882, II, 768; dagegen B. Bl. 1899, I, 382; *Salis*, Bundesrecht, 2. Aufl., III, Nr. 1105; *derselbe*, Zeitschrift, S. 82. Der B. R. scheint auch den Orden der Oblaten als den Jesuiten nicht affiliiert zu betrachten (vgl. B. Bl. 1883, II, 884). Der B. R. betrachtete die Affiliation ebenfalls als nicht erwiesen bei den Dames de Nazareth; B. R. B. vom 5. Juni 1903 i. S. franz. Orden und Kongregationen (B. Bl. 1903, III, 397, 410).

«Gesellschaft» im 1. Absatz von Art. 51 ist im gleichen Sinne zu verstehen, wie «geistlicher Orden» im 2. Absatz und «religiöser Orden» in Art. 52.

2. Als *Mitglied der Gesellschaft Jesu* ist derjenige zu betrachten, der die drei lebenslänglich bindenden Gelübde der persönlichen Armut, der ehelosen Keuschheit und des Gehorsams abgelegt hat. Der Novize ist noch nicht als Mitglied zu betrachten, wenn er sich nicht durch ein Gelöbnis verpflichtet hat, die Gelübde später abzulegen. Gleichgültig ist, ob die einfachen oder die feierlichen Gelübde abgelegt wurden, und ob auch das vierte Gelübde des speziellen Gehorsams gegenüber dem Papste im Dienste der Kirche geleistet wurde. Ebenso kommt es nicht darauf an, welche Rangstufe der Einzelne im Orden einnimmt [2]). Die Mitgliedschaft hört auf, wenn der Jesuit aus jeder Verpflichtung gegenüber dem Orden definitiv entlassen wird [3]), was auch dann der Fall sein kann, wenn der Entlassene die feierlichen Gelübde abgelegt hat. Dabei ist es gleichgültig, ob der Entlassene tatsächlich unter dem Einfluss der Jesuiten bleibe und später vielleicht wieder in den Orden aufgenommen wird; eine bloss zeitweilige Entlassung (Säkularisation) dagegen genügt nicht, gleichviel, ob sich der Austretende der Jurisdiktion des Diözesanbischofs unterstelle oder nicht. Und endlich ist auch derjenige nicht mehr als Jesuit zu betrachten, der eigenmächtig aus dem Orden austritt und sein Gelübde bricht (apostasia religionis), trotzdem er kirchenrechtlich Jesuit bleibt.

Der Beweis, dass jemand Jesuit sei, liegt der Staatsbehörde ob; ist aber nachgewiesen, dass jemand einmal Jesuit war, so ist es seine Sache, nachzuweisen, dass er es nicht mehr ist, dass er keinerlei Ver-

---

[1]) Bericht des B. R. vom 11. Nov. 1872, B. Bl. 1872, III, 549. *Salis*, a. a. O., 54. *v. Salis* nimmt an, dass auch die Kongregationen des h. Herzen Jesu und die Jesuitinnen dem Jesuitenorden affiliiert seien; indirekt seien auch die Ursulinerinnen affiliiert, weil der Orden anerkanntermassen zum Zweck gegründet worden sei, einen religiösen Frauenorden nach dem Muster der Gesellschaft Jesu zu bilden. Betr. die Gründung der Gesellschaft vom h. Herzen Jesu durch die Jesuiten vgl. *Huber*, a. a. O., 344.

[2]) *v. Salis*, Zeitschrift, S. 28 ff.; B. Bl. 1888, II, 192; *Salis*, Bundesrecht, III, Nr. 1103.

[3]) Nicht aber, wenn der Austretende gelobt, dem Orden trotzdem zu gehorchen (Jesuit in voto). *Huber*, a. a. O., 102; vgl. 72, 93.

pflichtung mehr gegenüber dem Orden hat. Dazu genügt die Erklärung des Austretenden nicht; es bedarf einer Erklärung der kompetenten Ordensbehörde [1]).

Den Gliedern des Jesuitenordens und den ihm affiliierten Gesellschaften ist *jede Wirksamkeit in Kirche und Schule* untersagt. Die Worte «Kirche und Schule» bezeichnen nicht die privat- oder öffentlichrechtlichen Verbände der Kirche oder Schule, derart, dass den Jesuiten die Wirksamkeit in diesen Verbänden, gemäss dauernden oder vorübergehenden Amtes oder Auftrages verboten wäre, im Gegensatz zur Tätigkeit aus eigenem Antrieb und auf eigene Rechnung. Jene Worte bezeichnen vielmehr das sachliche Gebiet, den Gegenstand der Tätigkeit: verboten ist jede Tätigkeit auf kirchlichem Gebiet, d. h. die religiöse Lehrtätigkeit und die Vornahme von Kultushandlungen, und jede Beteiligung am Unterricht und an der Erziehung der Jugend, auch am Unterricht in weltlichen Dingen [2]). Davon verschieden ist die Frage, ob nur die öffentliche Tätigkeit oder auch die private verboten sein soll. Auf dem Gebiete der Schule ist unbedingt letzteres das Richtige: nicht nur öffentliche Schulen oder öffentliche Lehrvorträge sind gemeint, sondern auch Privatschulen und Privatstunden [3]). Auf kirchlichem Gebiete muss m. E. folgendes gelten: den Jesuiten ist es untersagt, auf Grund erhaltenen Auftrages oder von sich aus öffentlich zu lehren oder gottesdienstliche Handlungen zu verrichten; ferner ist ihnen untersagt, in einem bestehenden (auch privaten) kirchlichen Verbande tätig zu sein. Dagegen kann fraglich erscheinen, ob ihnen auch ausserhalb jedes bestehenden Verbandes im privaten Kreise die religiöse Lehrtätigkeit verboten sei. Die Frage ist m. E. grundsätzlich zu bejahen; denn wenn ihnen auch der Aufenthalt in der Schweiz als Einzelpersonen nicht untersagt ist, und es unmöglich ist, jedes Privatgespräch über religiöse Dinge zu verbieten, so muss doch diese Tätigkeit auch im geschlossenen Kreise verhindert werden können, wenn z. B. ein Jesuit Lehrvorträge vor geladenen Personen veranstalten wollte.

Der B. R. erklärte, unter Tätigkeit in Kirche und Schule sei jede Entfaltung der Ordenstätigkeit, speziell die Lehrtätigkeit auf geistlichem und intellektuellem Gebiete zu verstehen [4]). Daher wurden nicht nur öffentliche Predigten von Jesuiten (B. Bl. 1882, II, 768—769: Festpredigt

---

[1]) Im Falle de Weck erklärte der B. R. den Beweis als nicht erbracht durch eine Erklärung des Diözesanbischofs, dass de W. vollständig unter seiner Jurisdiktion stehe, und eine Erklärung des Provinzialen der Jesuitenprovinz Germania, dass de W. vollständig und unwiderruflich vom Verband losgelöst sei. Vorausgesetzt, dass der Provinziale zu dieser Erklärung kompetent war, musste der Beweis als erbracht angesehen werden. B. R. B. vom 4. April 1882, B. Bl. 1883, II, 884. *v. Salis*, Zeitschr. S. 69. Im Falle Allet wurde dagegen nur eine bischöfliche Erklärung beigebracht, dass A. sich einzig unter bischöfliche Jurisdiktion gestellt habe, was der B. R. mit Recht als ungenügend betrachtete: B. R.-B. vom 1. Sept. 1872, B. Bl. 1873, II, 65. *v. Salis*, Zeitschr., S. 65—66; vgl. B. Bl. 1904, I, 48: Erklärung des Austretenden, und 1904, II, 7, 62, 356.

[2]) Die Bekanntmachung des deutschen B. R. vom 5. Juli 1872 erläutert das Gesetz wie folgt: „Da der Orden der Gesellschaft Jesu vom Deutschen Reiche ausgeschlossen ist, so ist den Angehörigen dieses Ordens die Ausübung einer Ordenstätigkeit, *insbesondere* in Kirche und Schule, sowie die Abhaltung von Missionen nicht zu gestatten."

[3]) Nach *Schollenberger*, Kommentar, S. 387, ist die Wirksamkeit auch in privaten Versammlungen untersagt, der Unterricht aber nur in Anstalten, im Gegensatz zum privaten Einzelunterricht; dieser soll nur auf der Stufe des Primarunterrichts verboten sein, weil der Primarunterricht unter staatlicher Leitung stehe (Art. 27).

[4]) B. Bl. 1888, IV, 192. *Salis*, III, Nr. 1096. *v. Salis*, Zeitschrift, S. 64, bemerkt: soweit die Ordenstätigkeit reicht, soweit geht auch das Jesuitenverbot.

in der Michaelskirche zu Freiburg; 1886, I, 960: Festpredigt in der Franziskanerkirche ebds.; *Salis*, III, Nr. 1099, 1102, vgl. B. Bl. 1868, II, 546: Verbot vorübergehender Assistenz der Ortspfarrer während der Osterzeit), sondern auch Vorträge im Sprechzimmer eines Frauenklosters [1]) und geistliche Exercitien in geschlossenem Raume und Kreise (B. Bl. 1882, II, 768; 1883, II, 880: Abhaltung von Exercitien mit einigen Geistlichen; *Salis*, III, Nr. 1097, 1098, vgl. B. Bl. 1880, II, 624, 823; *Salis*, III, Nr. 1100, wo einige frühere Jesuiten, die erklärten, mit dem Jesuitenorden keine Beziehungen mehr zu haben, mit Rücksicht auf ihr vorgerücktes Alter als Weltgeistliche geduldet wurden) als verfassungswidrig bezeichnet.

Es liegt m. E. kein Grund vor, die Verbreitung der jesuitischen Lehre durch die Schrift zu gestatten, wenn die Verbreitung durch das Wort verboten ist. Die Jesuiten geniessen für religiöse Schriften die Pressfreiheit insofern nicht, als sie aus der Schweiz ausgewiesen werden können, wenn sie solche Schriften in der Schweiz verbreiten, während die Verbreitung solcher Schriften im übrigen unter dem Schutz der Pressfreiheit steht [2]).

B. Der **zweite Absatz** des Art. 51 gestattet, das im ersten ausgesprochene Verbot auf andere geistliche Orden auszudehnen, deren Wirksamkeit staatsgefährlich ist oder den Frieden der Konfessionen stört. Als staatsgefährlich sind nicht nur solche Orden zu betrachten, welche eine politische Tätigkeit entwickeln und die Autorität des Staates untergraben, sondern auch solche, die auf dem Gebiete der Moral und Jugenderziehung die gleiche Tendenz verfolgen wie die Jesuiten; denn diese wurden 1847 auch aus diesem Grunde als «staatsgefährlich» bezeichnet. Der Begriff des konfessionellen Friedens ist wie in Art. 50, Abs. 2, aufzufassen.

Die Anwendung des 1. Absatzes auf andere Orden als die dort bezeichneten setzt einen vorgängigen Beschluss der B. Vers. voraus. Es steht dem B. R. nicht zu, von sich aus die Ausdehnung vorzunehmen, auch wenn sein Beschluss im Rekurswege vor die B. Vers. gebracht werden kann. Gegen diesen Grundsatz verstiess der B. R., als er am 31. Okt. 1879 entschied, das tessinische Gesetz vom 25. Januar 1879, welches die bisher verbotene Aufnahme fremder Kapuziner in bestehende Klöster wieder gestattete, stehe mit Art. 51, Abs. 2, im Widerspruch; es war übrigens vielmehr Art. 52 anzuwenden. (B. Bl. 1879, III, 604; *Salis*, III, Nr. 1092.)

Art. 52.

Die Errichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Klöster oder religiöser Orden ist unzulässig.

I. Geschichte.

Ein *helvetisches Gesetz* vom 8. Mai 1798 hatte beschlossen, das sämtliche Vermögen aller geistlichen Klöster, Stifte und Abteien mit Sequester zu belegen, und ein Gesetz vom 16. Mai gl. J. verfügte, dass alle Kostbarkeiten in sichere Verwahrung gebracht werden sollen. Am 20. Juli

[1]) Vgl. das obige Zitat.
[2]) A. M. *v. Salis*, Zeitschrift, S. 65.

1798 erliessen die gesetzgebenden Räte ein provisorisches Verbot der Aufnahme von Novizen oder Professen, und bestellte das Direktorium einen Regierungskommissär zur Aufspürung und Rettung beweglicher Klostergüter [1]).

Die *Mediationsakte* bestimmte in Art. 1 der Übergangsbestimmungen betr. die Tilgung der helvetischen Schulden und die Verfügung über die Nationalgüter: «Die Güter, die vormals den Klöstern zugehörten, sollen ihnen wieder zugestellt werden, sei es, dass diese Güter in dem nämlichen oder in einem andern Kanton gelegen seien.»

Im Jahre 1814 ersuchte der päpstliche Nuntius Testaferrata die Tagsatzung mit Note vom 6. Mai, im neuen Bundesvertrag die katholische Religion in den katholischen und gemischten Kantonen, den kanonischen Fortbestand der Klöster und Kapitel zu gewährleisten und die seit 1798 aufgehobenen wieder herzustellen; endlich die geistlichen Güter und deren freie Verwaltung zu garantieren, und zu verbieten, dass sie mehr als andere besteuert werden.

Die Revisionskommission der Tagsatzung (die sog. «diplomatische» Kommission) nahm, mit Rücksicht auf die Bestimmung der Mediationsakte, die zweite und z. T. die dritte dieser Forderungen in die Bundesakte auf, und die Tagsatzung genehmigte es [2]).

So entstand der folgenreiche Art. XII *des Bundesvertrages:* «Der Fortbestand der Klöster und Kapitel und die Sicherheit ihres Eigentums, soweit es von den Kantonsregierungen abhängt, sind gewährleistet; ihr Vermögen ist, gleich anderem Privatgut, den Steuern und Abgaben unterworfen.»

Als Aargau 1841 seine Klöster aufhob, verlangten die katholischen Orte die Anwendung der zitierten Bestimmung, und der Streit über diese Frage war der erste Grund der Entzweiung der katholischen und der protestantisch-liberalen Kantone. In der *Revisionskommission des Jahres 1848* wurde daher der Antrag, Art. XII des Bundesvertrages fallen zu lassen, mit grossem Mehr angenommen; der Bund habe kein Interesse daran, die Souveränität der Kantone in diesem Punkt zu beschränken, und besagter Artikel habe nur Anlass zu Schwierigkeiten gegeben [3]). Die Tagsatzung trat dieser Ansicht bei.

Die B. V. von 1848 enthielt somit gar keine Bestimmung über die Klöster; sie legte es ganz in das Ermessen der Kantonsgewalten, ob sie die in ihrem Territorium vorhandenen Klöster beibehalten oder aufheben wollten, und auch die Errichtung neuer Klöster war ihnen nicht verwehrt [4]).

Im J. 1871 schlug die politische Sektion der N. R. K. dagegen vor, als 2. Absatz von Art. 51 (Jesuiten): «Die Neugründung oder Wiederherstellung von Klöstern und geistlichen Orden ist unzulässig.»

Im Gegensatz zum Antrag *Jolissaint:* «Die bestehenden Klöster und die geistlichen Orden dürfen keine Novizen mehr aufnehmen», wurde der Antrag der polit. Sektion in folgender Gestalt angenommen:

---

[1]) Akten der Helvetik, I, 1026, 1135; II, 576 578.

[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1814-1848. I, 201. *Van Muyden,* La Suisse sous le pacte de 1815. p. 122.

[3]) Prot. der Revisionskommission. S. 29, 30.

[4]) *Ullmer,* II, Nr. 1130, 1186. Auch die Gewährleistung des Fortbestandes der Klöster durch die Kantonsverfassung wurde als zulässig erklärt *Ullmer,* I, Nr. 27-29.

«Die Errichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Klöster ist unzulässig[1].» Diese Fassung wurde im N. R. nach längerer Diskussion bestätigt nach Verwerfung des erwähnten Antrages *Jolissaint* und eines Zusatzantrages *Segesser:* «Ebenso darf auch der Freimaurerorden in keinem Teile der Schweiz Logen errichten und wird die Eigenschaft eines Mitgliedes des Freimaurerordens mit jeder politischen Beamtung unvereinbar erklärt[2].» Der St. R. dagegen strich die Bestimmung gemäss dem Antrag seiner Kommission, und der N. R. trat diesem Beschluss bei[3].

Nach Wiederaufnahme der Verfassungsrevision war es wieder die N. R. K., die eine Bestimmung gegen die Klöster vorschlug: «Die Errichtung neuer und die Wiederherstellung aufgehobener Klöster oder religiöser Orden ist unzulässig. — Die bestehenden Klöster und religiösen Orden dürfen keine Novizen oder neuen Mitglieder mehr aufnehmen. — Die Bundes- und kantonalen Behörden haben in den Klöstern, sowie in den Häusern und Anstalten der religiösen Genossenschaften freien Zutritt.» Der erste Absatz allein fand die Zustimmung des N. R. und darauf, nach Ablehnung der gleichen Anträge, des St. R.[4].

II. Auslegung[5].

1. Als *Orden*[6]) im Sinne von Art. 52 und 51 B. V. sind nicht nur die eigentlichen Orden des kanonischen Rechts zu betrachten, sondern auch die ordensähnlichen Kongregationen; es sind dies Genossenschaften, deren Glieder keine feierlichen Gelübde ablegen, meistens weniger strengen Regeln unterworfen sind, z. B. in bezug auf Klausur und Dauer der Gelübde, aber dennoch ihre ganze Persönlichkeit dem Vereinszwecke widmen, zum Unterschied von blossen Brüderschaften, deren Glieder in der Regel kein Gelübde ablegen, jedenfalls kein gemeinsames Leben zu führen haben und nicht ihre ganze Persönlichkeit in den Dienst des Vereinszweckes stellen. «Der schweiz. Gesetzgeber wollte hauptsächlich (mit Art. 52) auch das Wiederaufleben der aufgehobenen Institute mit neuem Namen und verändertem Aussehen, indes unter Beibehaltung des alten Wesens unmöglich machen, und diese Überlegung zeigt, dass durch das Klosterverbot der B. V. sowohl Niederlassungen der Orden im eigentlichen Sinne, wie auch Niederlassungen der ordensähnlichen Kongregationen getroffen werden; denn diese letzteren sind in ihrer Mehrzahl nichts anderes als die den modernen Verhältnissen und Bedürfnissen angepasste Modifikation der mittelalterlichen Orden. Bei den Mitgliedern der Orden und der ordensähnlichen Kongregationen

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 137–139, 225.

[2]) Prot. des N. R. 1871, S. 294—308, 557, 579.

[3]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 19, 20. Prot. des St. R. vom 9. und 27. Februar 1872; *Bulletin*, S. 369, 531.

[4]) Prot. der eidg. Räte, 134 ff., 161, 343 f.

[5]) *Schollenberger*, Kommentar, S. 388.

[6]) *Friedberg*, Lehrbuch des kathol. und evangel. Kirchenrechts, 3. Aufl., 204, 216, 218; *v. Salis*, Das Jesuitenverbot, a. a. O., S. 39 f. *Vering*, Lehrbuch des katholischen, orientalischen und protestanischen Kirchenrechts, 3. Aufl., 1893, S. 955 ff. *v. Schulte*, Die neueren katholischen Orden und Kongregationen, besonders in Deutschland, 1872. *Scherer*, Handbuch des Kirchenrechtes, II, 708 ff., 858 ff. *Hinschius*, Die Orden und Kongregationen der katholischen Kirche, Berlin 1875.

findet sich die vom modernen Staate verpönte Absorption der ganzen Persönlichkeit zu gunsten des Genossenschaftszweckes, es tritt die völlige Unterordnung des individuellen Willens des einzelnen Mitgliedes unter den Willen der Genossenschaft, unter den Ordenswillen ein; die Mitglieder dieser Genossenschaft leben zwar noch in der Welt, aber trotzdem von der Welt abgeschieden.» B. R. B. vom 21. Okt. 1897 i. S. Lehuédé (B. Bl. 1897, IV, 533; *Salis*, III, S. 190). Dass der kirchenrechtliche Begriff des Ordens nicht massgebend ist und dass Kongregationen auch als Orden i. S. von Art. 52 B. V. zu betrachten sind, ist auch erkannt worden im B. R. B. vom 19. Aug. 1902 betr. die Niederlassung französischer Orden und Kongregationen in der Schweiz (B. Bl. 1902, IV, 248). B. R. B. vom 5. Juni 1903 betr. das Wiedererwägungsgesuch dieser Orden und Kongregationen (B. Bl. 1903, III, 408). Es ist m. E. nicht wesentlich, ob die Mitglieder der Genossenschaft ein Gelübde ablegen oder nicht, wie im Falle Lehuédé behauptet wurde; wesentlich ist aber, dass für die Mitglieder die Gewissenspflicht besteht. sich den Ordens- oder ordensähnlichen Regeln unterzuordnen und vollständig in den Dienst der Genossenschaft zu stellen; die weltliche Behörde kann dies auch aus andern Tatsachen als der Ablegung förmlicher Gelübde folgern, z. B. aus der tatsächlichen Befolgung dieser Pflicht, solange nicht das Gegenteil bewiesen wird. Besteht aber für die Glieder der Genossenschaft diese Pflicht nicht, so ist ein Orden i. S. des Art. 52 B. V. nicht gegeben. Die vollständige Freiheit des Austrittes, zu jeder Zeit und ohne Bedingung oder Nachteil, schliesst allerdings eine solche Gebundenheit aus, wenn das Mitglied nicht etwa im Gewissen in dieser rechtlich anerkannten Freiheit beschränkt wird. Vgl. den zit. Entscheid i. S. Lehuédé. *Salis*, III, S. 195—196. Danach ist auch zu beurteilen, ob der Einzelne noch Mitglied eines Ordens ist, dem er angehört hat; so wenig wie bei der Zugehörigkeit zum Jesuitenorden, ist hier die einfache Erklärung des Austretenden genügend, oder eine nicht definitive und vollständige Entlassung aus dem Verbande [1]).

Dass es auch ausserhalb der katholischen Kirche Orden i. S. von Art. 52 B. V. geben könne, ist nicht schlechthin ausgeschlossen, sofern die gleichen charakteristischen Merkmale gegeben sind [2]).

Art. 52 begründet für Dritte kein individuelles Recht zur Aufhebung verfassungswidriger Klöster oder Orden (B. Bl. 1902, IV, 247).

2. An den Begriff des Ordens knüpft die B. V. zwei Rechtssätze: erstens ist allen Orden, neuen wie alten, die Errichtung neuer oder Wiederherstellung aufgehobener klösterlicher Niederlassungen untersagt; zweitens ist den in der Schweiz noch nicht oder nicht mehr niedergelassenen Orden verboten, eine Ordensniederlassung zu gründen. Den einzelnen Ordenspersonen dagegen ist der Aufenthalt in der Schweiz nicht untersagt.

a. So wenig wie der Begriff des Ordens ist derjenige des *Klosters* nach kanonischem Recht zu bestimmen, wie mehrfach erkannt wurde;

---

[1]) Der B. R. erklärte daher mit Recht, die Säkularisation eines Kongreganisten „en raison des circonstances présentes" genüge nicht, um seine vollständige Loslösung von der Kongregation darzutun; B. R. B. vom 25. März 1904 i. S. Ferragne, B. Bl. 1904, II, 356 f., 362. Vgl. die behauptete „dissolution religieuse" einer Kongregation: B. R. B. v. 5. Juni 1903, B. Bl. 1902, III, 407.

[2]) Selbstverständlich trifft dies für die Heilsarmee nicht zu: B. Bl. 1890, III, 289; *Salis*, III, S. 29.

Entscheidung des B. R. vom 6. Januar 1882 betr. die Niederlassung von Maristen in Givisiez (B. Bl. 1883, II, 881; *Salis*, III, Nr. 1088); die Entscheidung i. S. Lehuédé, und B. R. B. vom 19. Aug. 1902 betr. die Niederlassung französischer Orden und Kongregationen (B. Bl. 1902, IV, 239); um so schwieriger ist es aber, greifbare Merkmale für den verfassungsrechtlichen Begriff des Klosters zu finden. Im Falle der Maristen von Givisiez erklärte der B. R., ein Kloster i. S. von Art. 52 B. V. sei gegeben, sobald feststehe, dass einzelne Mitglieder eines Ordens ihr Kloster verlassen und in einem bisanhin nicht als Kloster dienenden Gebäude sich niederlassen, um dort nach den für das Kloster geltenden Regeln zu leben. Diese an sich richtige Begriffsbestimmung hatte der B. R. zu präzisieren im Falle Lehuédé, wo eine Anzahl Kongreganistinnen, als Verein im Handelsregister eingetragen, auf Schloss Böttstein ein internationales Töchterinstitut gegründet hatten. Der B. R. entschied, ein Kloster setze die Beobachtung der Ordensregel und diese die vita communis, die gemeinschaftliche Lebensführung voraus, «demnach die Anwesenheit einer Mehrzahl von Personen, die sich insgesamt der Ordensregel unterwerfen und die sich als einheitliche Genossenschaft von der Mitwelt aussondern und ausscheiden». «Nur da, wo das gesamte oder beinahe das gesamte Personal des Hauses der Ordensregel unterstellt ist, wo fremde, der Ordensregel nicht unterworfene Personen nicht wesentlicher Bestandteil des Hauses sind, liegt ein Kloster vor.» Die Leitung eines Spitals oder einer Schule schliesse den klösterlichen Charakter nicht aus, weil die gemeinschaftliche Lebensführung den Mitgliedern der Kongregation dadurch nicht verunmöglicht werde; hier aber sei dies nicht der Fall, weil die Direktorin in ihrer Tätigkeit durch einen weltlichen Administrationsrat unterstützt werde und weltliche Lehrerinnen mit und unter den Ordensfrauen leben und in der Anstalt wirken. Das abgeschiedene, gemeinschaftliche Leben, welches der B. R. m. E. mit Recht als das Merkmal einer klösterlichen Niederlassung bezeichnet, kann eben mehr oder weniger ausgeprägt sein und lässt sich im einzelnen Falle nicht stets zur Evidenz nachweisen.

Ein *neues* Kloster ist dann vorhanden, wenn eine Mehrzahl von Ordenspersonen eine neue Niederlassung gründen, d. h. eine neue, von der bisherigen getrennte Gemeinschaft, sei sie nun der bisherigen nebengeordnet oder, als blosse Station, untergeordnet; nicht dagegen, wenn eine bestehende Gemeinschaft neue Räumlichkeiten am gleichen oder an andern Orten bezieht (B. Bl. 1900, I, 825; *Salis*, III, Nr. 1093: Verlegung eines Klosters).

Die Kantone können ohne Verletzung von Bundesrecht bestehende Klöster ganz aufheben und das Klostergut säkularisieren; es ergibt sich dies sowohl aus der Entstehungsgeschichte des Art. 52, wie aus seinem Wortlaut («aufgehobener»). Ist ein Kloster einmal aufgehoben, so darf es nicht wiederhergestellt werden. Als *Aufhebung* ist zunächst die rechtliche Verfügung oder der Rechtssatz zu verstehen, durch welche dem Kloster das Recht, weiterzubestehen, entzogen wird; ist diese Entscheidung einmal getroffen, so darf sie nicht mehr rückgängig gemacht werden, auch wenn sie noch nicht vollzogen worden war[1]). Und ebenso

[1]) Die Unterscheidung, die *v. Salis,* Das Jesuitenverbot, Zeitschrift, S. 58–59, macht zwischen Niederlassungen, die 1874 bloss tatsächlich bestanden und solchen, die rechtlich anerkannt waren, scheint mir nicht zutreffend: hatte ein Orden eine Niederlassung in

ist m. E. die teilweise Aufhebung oder die zeitliche Beschränkung der Existenz eines Klosters zu beurteilen. Wenn dem Kloster einmal verboten wurde, Novizen aufzunehmen, oder mehr als eine bestimmte Anzahl oder landesfremde Ordensleute, so kann dieses Verbot nicht mehr rückgängig gemacht werden, denn das käme der teilweisen Wiederherstellung eines Klosters gleich [1]. Die weitere Frage, ob ein Kloster, das *tatsächlich* zu existieren aufgehört hat, wiederhergestellt werden dürfe, ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn das Kloster schon im Zeitpunkt des Inkrafttretens der B. V. von 1874 nicht mehr bestand; aber auch wenn das Kloster erst später aufgehört hat, zu existieren, darf es m. E. nicht wiederhergestellt werden.

Dagegen steht die B. V. der Vermehrung des tatsächlichen Bestandes eines Klosters nicht entgegen; weder die Aufnahme einer grösseren Zahl von Personen als bisher, noch die Vergrösserung seiner Gebäude ist verboten. B. R. B. v. 19. Aug. 1902 (B. Bl. 1902, IV, 252, 254; *Salis*, III, Nr. 1095). B. R. B. v. 2. Juni 1903 (B. Bl. 1903, III, 273) [2].

Auch die bloss vorübergehende neue klösterliche Niederlassung ist unzulässig (*Salis*, III, Nr. 1087, 1088).

b. Unter *Errichtung* neuer oder *Wiederherstellung* aufgehobener religiöser Orden wollte die B. V. offenbar nicht das rein ideelle kirchenrechtliche Geschäft der Gründung eines überhaupt nicht oder der Wiederherstellung eines nicht mehr bestehenden Ordens verstanden wissen; sie wollte eine in die Welt der äusseren Erscheinungen tretende Handlung treffen, nämlich die Niederlassung eines in der Schweiz noch nicht oder nicht mehr niedergelassenen Ordens. Der Unterschied zwischen *Kloster* und einfacher *Ordensniederlassung* hat sich erst in der neuesten Praxis betr. die Niederlassung französischer Orden und Kongregationen ausgebildet [3]. Eine Ordensniederlassung ist dann anzunehmen, wenn sich eine Mehrzahl von Ordensleuten zusammen zur Verfolgung ihres beschaulichen oder werktätigen Ordenszweckes niederlassen. Die Abgeschlossenheit gegenüber der Aussenwelt ist nicht wesentlich wie bei der klösterlichen Niederlassung. Und ebensowenig ist erheblich, welche rechtliche Verfassung sich die Niederlassung gegeben hat. Es ist daher gleichgültig, ob sich die Oberin einer Kongregation als Inhaberin einer Pension geriert und die anderen Mitglieder als Pen-

---

der Schweiz, so kann er sich auf diese Tatsache nur berufen, wenn sie rechtmässig war war sie aber rechtmässig. so bedurfte es keiner besonderen Anerkennung mehr.

[1]) Gl. A. *Vogt*, Religionsfreiheit, S. 11. Der B. R. hat sich in zwei Fällen im entgegengesetzten Sinne ausgesprochen, in denen die bisher verbotene Aufnahme von Nicht-Schweizern in das Kloster wieder gestattet wurde. Im ersten Falle, B. R. B. vom 31. Okt. 1879 i. S. der Munizipalitäten Lugano, Bellinzona u. G. gegen das Tessiner Gesetz vom 25. Januar 1879, brachte der B. R. allerdings Art. 51, Abs. 2, B V., zur Anwendung, aber unrichtigerweise. Unbegründet war die Behauptung der Rekurrenten, das neue Gesetz enthalte eine Wiederherstellung der Klöster, weil die bisherigen Gesetze von 1846 und 1848 die Klöster, wenn nicht rechtlich, so doch tatsächlich durch Erschwerung ihrer Existenzbedingungen aufgehoben habe, und weil die bisherige und vom neuen Gesetz beibehaltene Maximalzahl von 65 Personen damals für 5 Klöster berechnet gewesen sei, während dermalen nur noch 3 existieren. B. Bl. 1879, III, 625; *Salis*, III, Nr. 1092. Im 2. Fall erklärte der B. R. mit Beschluss vom 17. Juli 1880, eine blosse Modifikation der Novizenaufnahme könne nicht unter die Tatsachen eingereiht werden, welche in Art. 52 B. V. vorgesehen sind. *Salis*, III, Nr. 1091.

[2]) „Der Bund" meldete am 14. Aug. 1903, Nr. 225, die Kartause Valsainte im Kt. Freiburg baue zur Aufnahme der französischen Ordensleute 20 neue Zellen; in dieser Erweiterung liegt keine Verletzung der B. V.

[3]) Der B. R. B. i. S. Lehuédé verwertet ihn nicht.

sionäre aufnimmt, sofern diese gemeinschaftliche Niederlassung tatsächlich die Verfolgung des Zweckes der Genossenschaft gestattet; B. R. B. vom 5. Juni 1903 (B. Bl. 1903, III, 412); oder ob die kongreganistische Erziehungsanstalt rechtlich im Eigentum eines Einzelnen, auch eines Laien steht, sofern sie tatsächlich durch die dort angestellten Mitglieder der Kongregation geleitet wird: B. R. B. v. 8. Januar 1904 betr. die Niederlassung der Frères de la croix de Jésus von Ménestruel in Vallorbe (B. Bl. 1904, I, 41) und 25. März 1904 i. gl. S. (B. Bl. 1904, II, 354); während keine Ordensniederlassung vorliegt, wenn einzelne Angehörige eines Ordens in einer tatsächlich unter weltlicher Leitung stehenden Schulanstalt Unterricht erteilen, sei es eine Privatanstalt oder eine öffentliche Schule. B. R. B. v. 5. Juni 1903 (a. a. O., 409, 411); B. R. B. v. 25. März 1904 (a. a. O., S. 357, 359; vgl. *Salis*, III, S. 171, Note).

Als *neuer Orden* ist derjenige zu betrachten, der am 29. Mai 1874 noch nicht in der Schweiz niedergelassen war; so die verschiedenen Entscheidungen des B. R. betr. die französischen Orden und Kongregationen (namentlich B. Bl. 1904, II, 358). Ist ein Orden, der damals in der Schweiz niedergelassen war, seither aufgehoben worden oder hat er seine Niederlassung aufgegeben, so ist ihm untersagt, eine neue Niederlassung zu nehmen. B. R. B. v. 25. März 1904 (B. Bl. 1904, II, 360).

Ein nicht neuer und seit 1874 nicht aufgehobener Orden ist dagegen nicht auf diejenigen Niederlassungen beschränkt, die er bisher hatte; er kann auch neue gründen, und zwar sowohl im Kanton, in dem er bisher niedergelassen war, als in andern, sofern solche Niederlassungen nicht den Charakter von Klöstern tragen. B. R. B. v. 19. Aug. 1902 (a. a. O., S. 252); 25. März 1904 (a. a. O., 360); letzteres selbstverständlich auch dann, wenn er in der Schweiz eine klösterliche Niederlassung besass.

Wie beim Kloster, ist es unerheblich, ob die Niederlassung eine dauernde oder bloss vorübergehende sei. B. R. B. v. 19. Aug. 1902 (a. a. O. 250); 2. Juni 1903 (a. a. O., 274); vgl. B. R. B. v. 5. Juni 1903 (a. a. O., 415).

Art. 53.

Die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist Sache der bürgerlichen Behörden. Die Bundesgesetzgebung wird hierüber die näheren Bestimmungen treffen.

Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene schicklich beerdigt werden kann.

I. Geschichte[1].

Die B. V. von 1848 enthielt keine Bestimmung ähnlichen Inhalts. Die 3. (Rechts-) Sektion der N. R. K. von 1871 schlug zuerst vor, das ganze persönliche Eherecht zu vereinheitlichen und in Art. 59*a* (Rechts-

[1]) Vgl. *Mächler*, Das Begräbniswesen nach schweiz. Bundesrecht. Diss., Herisau 1892, S. 36 ff.

einheit) dem Bunde das Recht zu geben, u. a. über die Führung der Zivilstandsregister einheitliche Vorschriften aufzustellen. Die 1. (politische) Sektion schlug ihrerseits vor als Art. 44*c*: «Zur Sicherung der bürgerlichen und politischen Rechte der Bürger sollen in den Kantonen Geburts-, Heirats- und Sterberegister durch bürgerliche Beamte geführt werden. — Der Bund wird eine gleichmässige Form dieser Register feststellen; dagegen bleibt den Kantonen überlassen, die Amtsstellen zu bezeichnen, welche dieselben zu führen haben.» Die Geistlichen sollten damit von der Übernahme des bürgerlichen Amtes nicht ausgeschlossen sein. *Jolissaint* beantragte demgegenüber, vorzuschreiben, dass die Register durch weltliche Beamte geführt werden sollen. Die Kommission stimmte zunächst einfach dem Antrage der 3. Sektion zu, liess aber jede besondere Bestimmung fallen, nachdem sie die Vereinheitlichung des ganzen Zivilrechts beschlossen hatte (Art. 59*a*)[1]).

Aus dem gleichen Grunde fiel die Bestimmung in den Beratungen der B. Vers. weg[2]). Was das Begräbniswesen betrifft, so beantragte *Kaiser* im N. R., die Friedhöfe sollen künftig nicht mehr konfessionell ausgeschieden sein, und *Carteret, Philippin* und *Jolissaint* beantragten folgenden Art. 48[bis]: «Die Begräbnisstätten stehen unter der Kompetenz der Gemeindeverwaltungen; dieselben dürfen jedoch keiner auf ihrem Gemeindsgebiete verstorbenen Person ein anständiges Begräbnis versagen.» *Carteret* ersetzte später «Gemeindeverwaltungen» durch «Gemeinderäte», und *Jolissaint* schlug vor, einfach zu sagen: «Die Begräbnisstätten werden säkularisiert.» *Carteret* erläuterte den Hauptantrag dahin, es handle sich nicht darum, der Gemeinde den Besitz der Begräbnisstätten zu überweisen, das sei eine in den Kantonen zu ordnende Sache, aber die Aufsicht darüber sei den Gemeinden zu überlassen. Der Antrag blieb aber in Minderheit[3]).

Der b. r. Entwurf vom 4. Juli 1873 enthielt als Art. 60, Abs. 3, folgende Bestimmung: «Die Beurkundung des bürgerlichen Standes und die Verwaltung der damit zusammenhängenden Einrichtungen steht den weltlichen Behörden zu.» Unter letztern verstand er die Beerdigungen, die Friedhöfe, ihre Polizei und diejenige über die Zeremonien der verschiedenen Kulte auf denselben.

Die N. R. K. formulierte den präzisern Art. 49*a*: «Die Feststellung und Beurkundung des bürgerlichen Standes ist Sache der weltlichen Behörden. — Die Verfügung über die Begräbnisplätze steht den bürgerlichen Behörden zu. Sie haben dafür zu sorgen, dass jeder Verstorbene in der Gemeinde, wo er gewohnt hat, schicklich beerdigt werden kann.» Ein Antrag *Weissenbach, Zingg* und *Stoffel* gab sodann dem 2. Absatz die Fassung, die er heute hat, und dieser Antrag wurde im N. R. angenommen gegenüber einem Antrag *Segesser*, der den kirchlichen Konfessionen und Genossenschaften das Recht vorbehalten wollte, ihre Angehörigen zur Beobachtung ihrer besonderen Vorschriften zu verpflichten. und vorschrieb, «dass die öffentlichen Begräbnisplätze allen in der Gemeinde Verstorbenen offen stehen» sollen. Der 1. Satz des 2. Absatzes erhielt im N. R. die heutige Fassung; den 2. Satz fügte der N. R. hinzu[4]).

[1]) Prot der N R. K. 1871, S. 33. 41, 144, 154. 225. 230—231.

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 44, 47. Prot. des N. R. 1871/72, S. 259, 260, 336, 316.

[3]) Prot. des N. R. 1871—72. S. 238, 246. *Mächler*, a. a. O, S. 38.

[4]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 31 32; Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 134, 135, 139, 140. 151, 161, 173, 174, 344, 264; vgl. *Mächler*, a. a. O., 41.

II. Auslegung.

1. **Absatz 1**[1]. Unter Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes ist die amtliche Konstatierung des natürlichen Vorganges der Geburt und des Todes und des rechtlichen Vorganges der Ehe zu verstehen. Ohne Zweifel ist dem Bunde mit Art. 53 auch die Befugnis erteilt worden, die formellen Erfordernisse zur Eingehung einer gültigen Ehe aufzustellen, und nicht bloss die nach kantonalem Recht geschlossene Ehe zu registrieren[2]; gerade deshalb wurde verlangt, dass die Führung der Zivilstandsregister bürgerlichen Behörden übertragen werde. Dagegen lag in Art. 53 nicht die Befugnis, auch über die materiellen Erfordernisse der Ehe zu legiferieren; die Bundesbehörden konnten daher nicht aus Art. 53 ihre Kompetenz herleiten, Bestimmungen darüber und noch weniger über die Ehescheidung in das Zivilstands- und Ehegesetz vom 24. Dez. 1874 aufzunehmen[3]. Desgleichen enthält die Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes nicht das Recht, materiellrechtliche oder beweisrechtliche Vorschriften über das eheliche oder uneheliche Kindesverhältnis, noch über die Abwesenheit zu erlassen, wohl aber liegt in der Kompetenz zur Beurkundung des Zivilstandes auch das Recht, die Beweiskraft der Zivilstandsregister für die beurkundeten Tatsachen festzustellen[4]. Diese Fragen haben aber ihre verfassungsrechtliche Bedeutung verloren, nachdem der Bund die Befugnis erhalten hat, das ganze Zivilrecht zu vereinheitlichen.

Praktische Bedeutung kann dagegen die Frage noch erhalten, was unter bürgerlichen Behörden zu verstehen sei; ob es Behörden seien, die ein staatliches Amt ausüben, oder ob der Beamte auch weltlichen Standes sein müsse. Es ist aus den Protokollen von 1873—74 nicht ersichtlich, warum der Ausdruck «weltlich» der ersten Fassung des N. R. später durch «bürgerlich» ersetzt wurde; man scheint aber darin nur eine redaktionelle Änderung erblickt zu haben, und mit weltlichen Behörden waren sicher Staatsbeamte weltlichen Standes gemeint. Art. 1, Abs. 2, des B. Ges. vom 24. Dez. 1874 bestimmt denn auch richtig: «Die Zivilstandsbeamten müssen weltlichen Standes sein . . .»[5].

Art. 53, Abs. 1, gilt auch für Ausländer, die sich in der Schweiz trauen lassen, während sich die Trauung von Schweizern im Ausland nach der ausländischen Gesetzgebung richtet (Art. 54, Abs. 3, B. V.). Die Trauung von Ausländern wie von Schweizern durch Geistliche und konsularische oder diplomatische Vertreter eines fremden Staates ist daher in der Schweiz unzulässig[6].

2. **Absatz 2**[7]. *a. Das Verfügungsrecht.* Art. 53, Abs, 2, gibt den bürgerlichen Behörden nicht das Eigentums-, sondern das *Verfügungsrecht* an

---

[1] Vgl. *Pezolt*, Art. „Zivilstandswesen“ in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I. 749.

[2] Wie die Minderheit der St. R. K. anlässlich des Zivilstands- und Ehegesetzentwurfes behauptete; Bericht vom 24. Okt. 1874, B. Bl. 1874, III. 858.

[3] *Blumer-Morel*, I, 471 spricht dem Bunde nur die Kompetenz zur Regelung der Ehescheidung ab.

[4] *Martin*, Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage Genève 1897, p. 42.

[5] Der Entwurf eines schweizerischen Zivilgesetzbuches, Art. 39, hat diese Bestimmung beibehalten.

[6] *Salis*, IV, Nr. 1559, 1561, 1572. *Handbuch* für die schweizerischen Zivilstandsbeamten, Bern 1881, S. 171, 174.

[7] Vgl. *Blumer-Morel*, I, 454 ff. *Schollenberger*, Art. „Bestattungswesen“ in Reichesbergs Handwörterbuch, I. S. 522—527.

den Begräbnisplätzen. Dieses Verfügungsrecht besteht aber, gleichviel ob der Begräbnisplatz Eigentum einer öffentlichen oder einer privaten Religionsgenossenschaft ist, und es erstreckt sich auf jede Verwendung des Grundstückes als Begräbnisplatz. Das Recht des Eigentümers kann dadurch allerdings wertlos werden; die B. V. gibt ihm keinen Anspruch auf Entschädigung, benimmt ihm aber nicht die Befugnis, das Grundstück fortan zu einem anderen Zweck zu verwenden.

Unter *bürgerlichen Behörden* sind die Behörden des Kantons zu verstehen; die Bundesbehörde kann nur eingreifen, sofern sie aus anderweitigem Grunde dazu veranlasst ist. Welches diese kantonalen Behörden seien, entscheidet sich nach kantonalem Reeht; in der Regel werden es in erster Instanz die Gemeindebehörden, in zweiter die kantonale Regierung sein. Diese Behörden können ohne Rechswidrigkeit abschliessende Regeln über die Verwendung der Begräbnisplätze aufstellen und sie auch vollständig laizisieren; sie haben von B. V. wegen das Recht dazu. Der erste Satz des 2. Absatzes ist nicht nur auf den Zweck des 2. Satzes zu beziehen [1]. Daher kann sich ein Kanton nicht mit dem Mangel an Kompetenz entschuldigen, wenn er dasjenige nicht erfüllt, was ihm die B. V. vorschreibt, z. B. in bezug auf das schickliche Begräbnis. Die B. V. macht es den Kantonen aber nicht zur Pflicht, die Verfügungsgewalt vollständig an sich zu ziehen; der erste Satz unserer Bestimmung begründet, im Gegensatz zur zweiten, nur ein Recht. Wenn der Kanton der bürgerlichen Behörde gegenüber dem Eigentümer des Begräbnisplatzes und den kirchlichen Behörden das Recht wahrt, das zu einer schicklichen Beerdigung Erforderliche anzuordnen, so hat er alles getan, was die B. V. verlangt [2]. Müsste den bürgerlichen Behörden das ausschliessliche Verfügungsrecht über die Begräbnisplätze zustehen, so wäre es mit der B. V. nicht vereinbar, dass einer Religionsgenossenschaft ihr besonderer Friedhof gelassen werde, wie es die Praxis gestattet hat. Der B. R. entschied mit Recht anlässlich der Freiburger Verordnung betr. Friedhofpolizei vom 25. Januar 1875, dass die bürgerliche Behörde den Eigentümern von Privatfriedhöfen gegenüber sich das Recht wahren müsse, die Schicklichkeit der Beerdigung zu kontrollieren; er beachtete aber nicht genügend, dass Art. 53, Abs. 2, den bürgerlichen Behörden das Recht der ausschliesslichen Verfügung wohl einräumt, aber nicht aufdrängt; B. R. B. vom 18. Juli 1879 i. S. Gem. Fendringen-Bösingen (B. Bl. 1880, II, 229, 621, III; *Salis*, III, Nr. 1068).

Die Friedhofpolizei bleibt Sache der Kantone, die Aufstellung wie die Handhabung der Normen; die B. V. stellt die einzige Anforderung an sie, dass sie für die Schicklichkeit der Beerdigung jedes Verstorbenen sorgen. Der B. R. trat mit Recht auf die Beschwerde einer Gemeinde nicht ein, die dazu verhalten wurde, auf ihrem Gebiet die Anlage des Friedhofes einer andern Gemeinde zu dulden. B. R. B. vom 13. Nov. 1900 i. S. Gem. Biel (B. Bl. 1900, IV, 607; *Salis*, III, Nr. 1056).

---

[1]) ***Mächler,*** S. 51—53, womit S. 89 nicht ganz übereinstimmt.

[2]) ***Mächler,*** S. 54. Nur insofern ist es richtig, wenn der B. R. in seinem Bericht vom 24. Mai 1875 betr. das Begräbniswesen in den Kantonen bemerkte, nach Art. 53, Abs. 2, solle die Besorgung und Beaufsichtigung des Begräbniswesens ausschliesslich Sache der politischen Gemeinden sein, und der Geistlichkeit solle keine Stimmabgabe darüber zustehen, wer auf dem Friedhofe seine Ruhestätte zu finden habe. B. Bl. 1875, III. 5, 21; *Salis,* III, Nr. 1053; ***Mächler,*** 92.

b. Die schickliche Beerdigung. Das Gebot einer schicklichen Beerdigung beruht auf dem Gedanken, dass auch dem toten menschlichen Körper noch Achtung gebührte, und dass es für jeden Menschen und besonders für die dem Toten Nahestehenden etwas Verletzendes habe, wenn ihm diese Achtung verweigert werde. Welche Bestattungsart und welche Handlungen als Ausdruck von Achtung oder Missachtung zu gelten haben, ist eine Frage der Sitte, der Konvention; wenn auch in der ganzen Schweiz in dieser Beziehung annähernd gleiche Sitte herrscht, kann doch im einzelnen der Gebrauch von einem Ort zum andern wechseln und es wird auf diese Verschiedenheit der lokalen Gebräuche Rücksicht zu nehmen sein [1]. Wenn dem Toten dasjenige verweigert wird, was der herrschende Gebrauch zur Ehre der Toten fordert, wird die Schicklichkeit verletzt; die achtungsmindernde Abweichung vom allgemeinen Gebrauch, die ausnahmsweise Behandlung wird in der Regel gegen die B. V. verstossen.

Die Schicklichkeit i. S. der B. V. verlangt nicht, dass die Beerdigung eine *kirchliche* sei; der Geistliche kann zur Abhaltung einer religiösen Feier auf Grund von Art. 53, Abs. 2, nicht verhalten werden; vgl. den zit. b. r. Bericht vom 24. Mai 1875 und die bei Art. *49*, S. 493 f., zitierten Entscheidungen i. S. Herzog, Rohner und Waldesbühl; ferner B. R. B. vom 13. Januar 1880 i. S. Näf, wo von zwei Selbstmördern dem einen das kirchliche Begräbnis zu teil wurde, dem andern nicht (B. Bl. 1881, II, 699; *Salis,* III, Nr. 1070; *Mächler,* 98).

Dagegen müssen auf dem öffentlichen Friedhof alle Konfessionen gleich behandelt werden; wenn die eine religiöse Zeremonien vornehmen darf, so muss es den andern auch gestattet sein. B. R. B. vom 6. Febr. 1880 i. S. Peter Wildy, dem die aargauische Regierung die Vornahme geistlicher Handlungen untersagt hatte, weil er als Geistlicher der freien römisch-katholischen Genossenschaft kein Examen bestanden hatte (B. Bl. 1881, II, 696; *Salis,* III, Nr. 1060). Mit dieser Gleichstellung ist es auch nicht vereinbar, dass der Geistliche einer Religionsgenossenschaft den Friedhof als entweiht erkläre durch ein Zivilbegräbnis oder durch die Beerdigung eines Andersgläubigen. Der B. R. hat dies am 21. Sept. 1888 mit Recht als unvereinbar mit Art. 53, Abs. 2, erklärt; die bürgerliche Behörde könnte auch als Hüterin des konfessionellen Friedens einschreiten. Art. 50, Abs. 2. (B. Bl. 1888, IV, 120; *Salis,* III, Nr. 1061.)

Wird aber einer Konfession ein besonderer Kirchhof gelassen, so kann sie ebensowenig verhalten werden, die Abhaltung anderer Kultushandlungen zu dulden, als Angehörige anderer Konfessionen beerdigen zu lassen.

Eine Verletzung der Schicklichkeit liegt darin, dass man einen Toten nicht *am gleichen Ort* wie die andern zu beerdigen gestattet. Aus Art. 53, Abs. 2, ist m. E. nicht zu folgern, dass jeder Verstorbene in derjenigen Gemeinde begraben werde, wo er gestorben ist, auch dann, wenn er in einer andern wohnte, wohl aber dass alle Verstorbenen gleich behandelt werden, ohne Rücksicht auf Konfession und Todesart [2].

---

[1] Danach wurde namentlich über die Notwendigkeit des Glockengeläutes entschieden.

[2] Der B. R. konstatierte eine flagrante Verletzung des Art. 53, Abs. 2, darin, dass die Beerdigung eines am Orte wohnhaften Verstorbenen verunmöglicht wurde. B. Bl. 1883, II, 879; *Salis*, III, Nr. 1064. Vgl. Art. 1 des B. Ges. über die Kosten der Verpflegung

Es ist nicht unzulässig, einer Religionsgenossenschaft zu gestatten, ihre Angehörigen auf einem *besonderen Friedhof* zu beerdigen, sofern die anderen Gemeindebewohner nicht in der Minderheit sind; ist der öffentliche Friedhof die Begräbnisstätte der Mehrheit der Gemeindebewohner, so wird auch darin nichts Verletzendes liegen, dass diejenigen darin begraben werden, welchen die Religionsgenossenschaft das Begräbnis verweigert; möglicherweise kann aber ein solcher Zustand den konfessionellen Frieden stören [1]).

Unter den gleichen Voraussetzungen ist *die Teilung* des öffentlichen Friedhofes nach Konfessionen zulässig: ist eine derselben in erheblicher Minderheit, so darf ihr diese Teilung nicht aufgedrungen werden. B. R. B. vom 19. März 1880 i. S. der Gemeinde Bulle (B. Bl. 1880, II, 223; *Salis*, III, Nr. 1067); anders wurde aber entschieden am 21. Febr. 1890 betr. die protestantische Minderheit in Locarno (B. Bl. 1890, I, 457) und i. J. 1885 betr. diejenige von Biasca (B. Bl. 1885, II, 699; *Salis*, III, S. 119, Note). Besteht aber die Teilung, zu Recht oder zu Unrecht, so muss sie eingehalten werden, und darf der einen Konfession nicht zugemutet werden, diejenigen aufzunehmen, welche die andere als unwürdig verstosst [2]). Besteht nur ein Kirchhof, so sind alle Verstorbenen in der *Reihenfolge* zu begraben. (B. Bl. 1891, III, 469; B. Bl. 1884, II, 878; *Salis*, III, Nr. 1065, 1066; vgl. Nr. 1071); B. R. B. vom 20. Juni 1898 i. S. Staudenmann (B. Bl. 1898, III, 874): Verschleierung durch unentgeltliche Abtretung eines Familiengrabes; *Salis*, III, S. 140; B. Bl. 1897, I, 390: Beerdigung ausserhalb des Kirchhofes. Auch in der ungewöhnlichen Zeit der Beerdigung, z. B. bei Nacht, liegt etwas Unschickliches [3]).

Am meisten Beschwerden veranlasste die *Verweigerung* des *Glockengeläutes;* der B. R. erklärte, dass da, wo es üblich sei, bei der Beerdigung die Glocken zu läuten, dies bei jeder Beerdigung stattfinden müsse, ohne dass ein besonderer Gebrauch für eine (konfessionelle) Minderheit vorgeschützt werden dürfe [4]). Die bürgerlichen Behörden sollen dafür be-

---

erkrankter und der Beerdigung verstorbener armer Angehöriger anderer Kantone vom 22. Juni 1875, oben Art. *48*. *Mächler*, 75, 110. Vgl. *Salis*, III, Nr. 1066: in Jaun war es gebräuchlich, die Leichen verstorbener Protestanten in eine benachbarte protestantische Gemeinde zu überführen.

[1]) Vgl. den mehrerwähnten Bericht des B. R. vom 24. Mai 1875. Der B. R. entschied am 18. Juli 1879 zwei Beschwerden der Protestanten von Fendringen und Überstorf; die politisehe, in grosser Mehrheit katholische Gemeinde hatte der katholischen Kirchgemeinde den bisherigen Friedhof abgetreten und für die übrigen Gemeindeeinwohner einen öffentlichen Friedhof erworben; der B. R. erklärte dies zulässig, m. E. mit Unrecht. *Salis*, III, Nr. 1068.

[2]) B. R. B. vom 11. Januar 1895 i. S. Schallberger. B. Bl. 1895, I, 62, 269; *Salis*, III, Nr. 1071; die Unschicklichkeit lag m. E. nicht sowohl darin, dass ein katholischer Selbstmörder in der für Protestanten und andere Nichtkatholiken bestimmten Abteilung begraben wurde, denn die Teilung war nicht rein konfessionell, als darin, dass überhaupt der katholischen Mehrheit gestattet wurde, sich abzusondern.

[3]) Bericht des B. R. vom 24. Mai 1875. *Salis*, III, Nr. 1035: Beerdigung morgens 4½ Uhr. *Mächler*, 114.

[4]) Schreiben des B. R. vom 9. Juli 1886, B. Bl. 1887, II, 701; *Salis*, III, Nr. 1062, 1070, 1072. B. R. B. vom 24. Aug. 1897 i. S. Bill in Billens, B. Bl. 1897, IV, 98; *Salis*, III, Nr. 1073: Ob das Glockengeläute zu einer schicklichen Beerdigung gehöre, hänge von lokalen oder kantonalen Sitten und Gebräuchen ab; als eine katholische Kultushandlung sei aber das Geläute nicht anzusehen, weil es bisher bei der Beerdigung von Protestanten unterlassen wurde. Im Falle Werro konstatierte der B R. am 20. Juni 1898, dass das Grabgeläute allerdings kein absolutes Erfordernis für eine schickliche Beerdigung sei; dass es da unterlassen werden könne, wo es überhaupt nicht geübt werde; dass aber das Grabgeläute im ganzen Kt. Freiburg ortsüblich und gebräuchlich sei. B. R. B vom 9. Nov.

sorgt sein, dass die Glocken geläutet werden, gehören sie nun der politischen, der Kirchgemeinde oder einer privaten Religionsgenossenschaft; der Eigentümer, wer es sei, muss sie zur Verfügung stellen. So wurde in mehreren Fällen erkannt: Schreiben des B. R. vom 9. Juli 1886 an Zug; *Salis*, III, Nr. 1062; B. R. B. vom 24. Aug. 1897 i. S. Bill; vom 20. Juni 1898 i. S. Werro; vom 6. April 1900 i. S. Brasey (B. Bl. 1900, II, 483; *Salis*, III, Nr. 1073). Mit Entscheid vom 30. Juni 1902 i. S. Brasey (B. Bl. 1902, III, 929) erklärte der B. R., eine zivilrechtliche Besitzesklage des Eigentümers sei gegen die verfassungsrechtliche Pflicht, die Glocken läuten zu lassen, unzulässig und unwirksam; *Salis*, III, S. 142 ff. Im Falle Werro bezeichnete es der B. R. als selbstverständlich, dass auch der Glöckner zur Verfügung gestellt werden müsse; *Mächler*, 99. Die Minderheit, welche von der Mehrheit beansprucht, dass diese ihre Glocken läute, muss aber ihre Begräbnisse zur ortsüblichen Zeit ansetzen. B. R. B. vom 19. April 1901 i. S. Müller (B. Bl. 1901, II, 969; *Salis*, III, Nr. 1076).

Die *Leichenverbrennung* wurde zwar nie ausdrücklich als zulässig erklärt, wohl aber stillschweigend, indem sie von seiten der Bundesbehörden in denjenigen Kantonen, wo sie eingeführt wurde, unbeanstandet blieb; sie ist auch ohne Zweifel verfassungsmässig [1].

Heikler ist die Frage, ob der allgemeine Wortlaut des Art. 53, Abs 2, mit der Verwendung der Leichen zu *anatomischen Lehrzwecken* vereinbar sei; das Gebot der Schicklichkeit bleibt auch hier aufrecht, aber es wird dem wissenschaftlichen Zwecke untergeordnet; m. E. ist diese Ausnahme dem Willen der Verfassung nicht zuwider [2].

Wenn Art. 53, Abs. 2, verletzt worden ist, so geht es nicht immer an, das Versäumte nachzuholen. Nur in wenigen Fällen ordnete der B. R. die Ausgrabung der Leiche an, in der Regel nur dann, wenn ein tatsächlicher, jedermann sichtbarer Zustand geschaffen worden war, der stetsfort die Unschicklickeit jener Beerdigung vor Augen rief; also nicht wegen Unterlassung des Glockengeläutes oder Beerdigung zu unschicklicher Zeit, sondern nur wenn das Grab an unschicklichem Ort gegraben worden war, und auch dann nur innerhalb kurzer Frist [3]. Um so eher kann die Bundesbehörde von den Kantonen verlangen, dass sie zum voraus die erforderlichen Massregeln treffen, damit die B. V. beobachtet werde [4].

1900 i. S. Curchod, B Bl. 1900, IV, 576; *Salis*, III, Nr. 1075. Vgl. dagegen den Fall Spahr, B. R. B. vom 1. Juni 1900, B. Bl. 1900, III, 307; *Salis*, III, S. 149, wo das Geläute übungsgemäss in der katholischen Wohnsitzgemeinde nicht stattfand, wenn ein Protestant in der benachbarten protestantischen Gemeinde beerdigt wurde. *Mächler*, 87.

[1]) In einem Bericht vom 20 Nov. 1884 bemerkte der B. R. richtig, es könne aus dem Worte „Beerdigung" nicht gefolgert werden, dass eine andere Bestattungsart unzulässig sei, als die Versenkung in die Erde. *Salis*, III, Nr. 1055, 1051. *Mächler*, 122 ff. *Schollenberger*, a. a. O., 523.

[2]) *Mächler*, 72.

[3]) B. R. B. vom 29. März 1900 i. S. Eberle, B. Bl. 1900, II, 429; 11. Januar 1895 i. S. Schallberger, B. Bl. 1895, I, 62; 1896 i. S. Magnin, B. Bl. 1897, I, 390. *Salis*, III, Nr. 1072. 1071. B. Bl. 1892, IV, 46—47, i. S. Hunkeler, wo die Ausgrabung verweigert wurde, weil die Leiche schon seit 2 Jahren begraben war. Vgl. *Salis*, III, Nr. 1065, 1066, wo ebenfalls keine Ausgrabung angeordnet wurde, trotzdem der Verstorbene nicht in der Reihenfolge begraben war, und Nr. 1077. B. R. B. vom 31. Okt. 1902 i. S. Schär, B. Bl. 1902, V, 853, wo das Grab aus Unachtsamkeit des Totengräbers in den Weg zwischen zwei Gräbern zu liegen kam und seit der Beerdigung bereits 9 Monate verstrichen waren. *Mächler*, 116.

[4]) Der Regierung des Kt. Freiburg gegenüber, wo mehrere Vefassungsverletzungen vorgekommen waren, bemerkte der B. R. im Falle Brasey am 6 April 1900, es wäre ihre-

Art. 53, Abs. 2, ist eine ohne weiteres zu befolgende Polizeivorschrift; die Verwaltungsbehörden des Kantons wie des Bundes haben daher von Amtes wegen einzuschreiten, wenn sie verletzt wird. Zugleich ist aber durch die Praxis und das O. G. vom 22. März 1893, Art. 189, die schickliche Beerdigung zu einem Individualrecht gemacht worden, d. h. es steht dem Verletzten das förmliche Beschwerderecht zu. Die Praxis nimmt nun an, dass die Bundesbehörde jede Beschwerde wegen Verletzung des Art. 53, Abs. 2, durch eine Entscheidung erledigen muss, dass sie aber auch ohne Beschwerde einschreiten kann und soll, sobald sie glaubhafte Kunde von einer Verfassungsverletzung erhält (s. unten Art. *102*, *Ziff. 2*). *Salis*, III, Nr. 1056. B. R. B. vom 20. Juni 1898 i. S. Denkinger (Staudenmann) (B. Bl. 1898, III, 877; 1900, I, 15; IV, 584, 607; *Salis*, III, Nr. 1057, 1070; S. 138, 140). Vgl. die Erledigung des Rekurses durch Vergleich der Parteien: *Salis*, ibid., S. 131, Note. Wer zur Beschwerde legitimirt ist nach Art. 178 des zitierten Bundesgesetzes, ist hier nicht zu untersuchen.

Aus der polizeilichen Natur der Vorschrift würde konsequenterweise folgen, dass sie ohne Rücksicht auf den Willen der Interessenten gilt; in der Praxis ist aber der B. R. mit Recht von diesem Standpunkt abgegangen, indem er in der Regel nicht mehr verlangte als die nächsten Angehörigen selbst; grundsätzlich ist aber daran festzuhalten, dass der Wille weder des Verstorbenen selbst, noch seiner Angehörigen für die Behörde ausschlaggebend ist[1]).

Aus dem Gesagten folgt, dass ein Ausführungsgesetz zum 2. Absatz des Art. 53 Vorschriften über das schickliche Begräbnis aufzustellen hätte; daneben wäre etwa das den Kantonen offenstehende Verfügungsrecht zu umschreiben; eine vollständige Friedhofordnung kann der Bund nicht erlassen[2]).

Art. 54.

Das Recht zur Ehe steht unter dem Schutze des Bundes.

Dieses Recht darf weder aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten, noch wegen bisherigen Verhaltens oder aus anderen polizeilichen Gründen beschränkt werden.

Die in einem Kantone oder im Auslande nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossene Ehe

---

Pflicht gewesen, die Gemeindebehörden in bestimmter Weise, sei es durch eine Erklärung an sämtliche Amtsstellen, sei es durch eine Verordnung oder ein Gesetz mit Strafbestimmungen, zur Befolgung der B. V. zu verhalten. *Salis*, III, S. 142.

[1]) Die Konstruktion *Mächlers*, S. 61—62, 66 ff.. des Art. 53, Abs. 2, als eines subjektiven Rechtes des Verstorbenen selbst, ist nicht haltbar; aus seiner Auffassung des subjektiven Rechts würde folgen, dass der Verstorbene auf das schickliche Begräbnis zum voraus verzichten kann, was unannehmbar ist

[2]) Über die Anregungen zu einem Ausführungsgesetz vgl. *Salis*, III, Nr. 1053. *Mächler*, 41, 149.

soll im Gebiete der Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden.

Durch den Abschluss der Ehe erwirbt die Frau das Heimatrecht des Mannes.

Durch die nachfolgende Ehe der Eltern werden vorehelich geborene Kinder derselben legitimiert.

Jede Erhebung von Brauteinzugsgebühren oder andern ähnlichen Abgaben ist unzulässig.

I. Geschichte.

Die *Mediationsakte* und *der Bundesvertrag von 1815* liessen das Eherecht ganz in der Kompetenz der Kantone. Diese schlossen aber schon in der Mediationszeit eine Anzahl Konkordate, durch die sie den Schwierigkeiten einigermassen begegneten, welche aus der Anwendung 25 verschiedener und meist engherziger Gesetzgebungen auf die Eheschliessung und die Folgen der Ehe entstehen mussten.

Durch Konkordat vom 22. Juni 1810 und 11. Juni 1812 (13 Stände)[1], bestätigt den 7. Juli 1819 (Offiz. Sammlg. I, 287; II, 26), wurde zwischen 17 Ständen vereinbart: «Die Ehen zwischen Schweizerischen Angehörigen katholischer und reformierter Kirche, sollen von den Kantonen weder verboten, noch mit dem Verlust des Bürger- und Heimath-Rechts bestraft werden.»

Elf protestantische und paritätische Kantone schlossen den 14. Aug. 1821 ein Konkordat über Verkündung und Einsegnung paritätischer Ehen (Offiz. Sammlg. II, 27, 77).

Das Konkordat vom 4. Juli 1820 über Eheeinsegnungen und Kopulationsscheine (Off. Sammlg. II, 24, 254), dem 20, später alle (ibid. III, 204, 247) Stände beitraten, stellte folgende Grundsätze auf, in Abänderung eines Konkordates von 1805[2]: «Es ist Sache der Kantonsgesetzgebung, zu bestimmen, unter welchen Bedingnissen die Ehe zwischen ihren eigenen Kantonsangehörigen eingesegnet werden möge.» Versprochene, die beide oder deren eines einem andern Kanton angehört, sollen nur kopuliert werden, wenn sie die Verkündungsscheine sowohl des Wohnortes als des Heimatortes, sowie eine Erklärung der Regierung der Versprochenen vorweisen, dass kein gesetzliches Hindernis gegen die Ehe obwalte; ähnlich bezüglich des schweizerischen Teils, wenn ein Schweizer ausserhalb seines Kantons eine Ausländerin heiratet oder umgekehrt. «Bei solchen Ehen zwischen einem Ausländer und einer Schweizerin, und ebenso zwischen schweizerischen Landesfremden, muss ein Akt der Einwilligung der betreffenden ausländischen Behörden beigebracht werden.» Die konkordierenden Stände anerkennen den Grundsatz, dass alle Folgen unregelmässiger Kopulationen, und namentlich die Verpflichtung, bei der daraus entstehenden Heimatlosigkeit den betr. In-

[1]) Repertorium der eidg. Absch. 1803–1813, 2. Aufl., S. 212–213.
[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1803–1813, 2. Aufl., S. 218 ff.

dividuen und Familien eine bürgerliche Existenz zu sichern, auf denjenigen Kanton zurückfallen sollen, wo die Ehe eingesegnet worden ist[1]).

Ein Konkordat vom 8. Juli 1808, bestätigt den 9. Juli 1818 (Offiz. Sammlg. I, 287), dem alle Kantone beigetreten waren, bestimmte dagegen: «Eine nach den Landesgesetzen geschlossene und eingesegnete Ehe macht die Frau zur Angehörigen desjenigen Kantons, in welchem der Mann das Heimat-Recht besitzt.» Und bezüglich der «Folgen der von schweizerischen Angehörigen mit Umgehung obrigkeitlicher Verordnungen ihrer Heimat im Ausland geschlossenen Ehen» kamen 18 Stände durch Konkordat vom 11. Juli 1829 (Off. Sammlg. II, 255) überein: «Die unregelmässige Verehelichung eines Schweizers im Ausland soll niemals mit dem Verlust des Land- und Heimatrechtes bestraft werden.»

Durch Konkordat vom 26. Juli 1839 (Off. Sammlg. III, 76) verpflichteten sich 12 Stände, «weder zu fordern noch zu gestatten, dass von ihren respektiven Gemeinden oder Korporationen eine Einzugstaxe, eine Abgabe oder irgendwelche ökonomische Leistungen für eine Heiratsbewilligung von Angehörigen anderer Kantone gefordert werden, welchen die eigenen Kantonsangehörigen nicht auf gleiche Art und in gleichem Masse unterworfen sind».

Endlich sei das Konkordat vom 6. Juli 1821 (Off. Sammlg. II, 39, 40; III, 248, 301) erwähnt, welches die gerichtliche Behörde des Heimatkantons kompetent erklärte, über die Scheidung und Trennung niedergelassener Schweizerbürger, sowie über die daraus hervorgehenden ökonomischen Fragen zu entscheiden, mit der Befugnis, diese Kompetenz dem Richter des Wohnortes zu delegieren.

Die *B. V. von 1848* enthielt auch keine Vorschrift über das Eherecht, welche die Souveränität der Kantone beschränkt hätte. Die B. Vers. entnahm aber, wie bei Art. *50* bemerkt, dem Art. 44 die Kompetenz, das B. Ges., die gemischten Ehen betreffend, vom 3. Dez. 1850 (A. S. II, 130), zu erlassen. In Anlehnung an das Konkordat vom 7. Juli 1819 wurde zunächst der Grundsatz aufgestellt, dass die Eingehung einer Ehe in keinem Kantone aus dem Grunde gehindert werden dürfe, weil die Brautleute verschiedenen christlichen Konfessionen angehören. Die Bewilligung zur Promulgation oder Kopulation einer gemischten Ehe durfte nicht an Bedingungen geknüpft werden, denen andere Ehen nicht unterlagen, und die Eingehung einer gemischten Ehe durfte weder für die Ehegatten, noch für die Kinder, noch für wen immer, Rechtsnachteile irgend welcher Art zur Folge haben. — Das Nachtragsgesetz vom 3. Febr. 1862 (A. S. VII, 126) garantierte den Ehegatten verschiedener Konfession die Möglichkeit der Ehescheidung.

Damit waren wenigstens die Ehehindernisse konfessioneller Natur aus dem Wege geräumt, aber nur in Fällen von gemischten Ehen; den Kantonen blieb es unbenommen, Ehehindernisse anderer Art aufrecht zu erhalten, und unschwer liessen sich darunter auch Gründe konfessioneller Natur verbergen[2]). Der B. R. bezeichnete dies mit Recht in

---

[1]) Vgl. den Tagsatzungsbeschluss betr. die Eheeinsegnungen bei den kapitulierten Schweizer-Regimentern in auswärtigen Diensten, vom 21. Aug. 1818 (Off. Sammlg. I, 257), womit den Regimentsobersten der Auftrag gegeben wurde, keine Trauung bei den unter ihrem Kommando stehenden schweizerischen Truppen zu gestatten, es habe denn der Bräutigam sich über die ausdrückliche Bewilligung der Regierung desjenigen Kantons dessen Angehöriger er ist, ausgewiesen.

[2]) Vgl. z. B. B. Bl. 1867, I, 624, 625.

seiner Botschaft zur Verfassungsrevision als eine Rechtsungleichheit. Der Verfassungsrevision ging noch ein Versuch voraus, eine einheitliche und liberalere Regelung des Rechts der Eheschliessung auf dem Konkordatswege zu erlangen. Der B. R. lud zuerst 1863 und noch einmal 1866 die Kantone ein zur Beratung eines vom eidg. Justizdepartement ausgearbeiteten Konkordatsentwurfs über grössere Vereinfachung der Formalitäten in Ehesachen (B. Bl. 1863, I, 394; 1867, I, 87). Die N. R.-Geschäftsprüfungskommission bedauerte, dass sich der b. r. Entwurf auf die formellen Erfordernisse der Eheschliessung beschränke; es sollten namentlich im Ausland geschlossene Ehen nicht als ungültig erklärt werden können, weil ein heimatliches Gesetz nicht beobachtet worden sei; solches führe nur zur Heimatlosigkeit. Sie stellte folgendes Postulat auf: «Der B. R. ist eingeladen, ernstlich dahin zu wirken, dass die Frage betr. die Beseitigung der den Heiraten von Schweizern in ihrem Heimatkanton wie im Ausland entgegenstehenden Hindernisse in einem ausgedehnten und liberalen Sinne gelöst werde, und zwar womöglich auf dem Konkordatswege» (B. Bl. 1867, II, 133).

Die Konferenz der Vertreter der Kantone einigte sich darauf über folgende Grundsätze: es wurde «unstatthaft erklärt, das Recht zur Eingehung der Ehe vom Nachweis eines bestimmten Vermögens oder Einkommens abhängig zu machen, insofern die Verlobten arbeits- und erwerbsfähig sind». — Ferner wurde das Maximum der von den Brautleuten zu beziehenden Taxen oder Einkaufsgelder auf die Summe von Fr. 30 reduziert. — Die Rückerstattung von Armensteuern, insofern sie den Verlobten zur Erziehung oder Erlernung eines Berufes oder in Krankheitsfällen verabreicht worden sind, wurde abgeschafft. Eine im Ausland nach dortiger gesetzlicher Form geschlossene Ehe wurde gültig erklärt, sofern ihr kein durch die Gesetze des Heimatkantons vorgesehenes materielles Ehehindernis im Wege stand; sie durfte daher wegen Ausseraehtlassung der in der Heimat des Ehegatten gesetzlich vorgeschriebenen Formen (z. B. wegen unterlassener Verkündigungen, Nichteinholung amtlicher Bewilligung u. s. w) nicht ungültig erklärt werden, sondern war nach Vorweisung des Trauakts und Bezahlung der Einzugsgelder in das Zivilstandsregister der Heimatgemeinde einzutragen. — Durch den Abschluss der Ehe sollte die Frau das Bürgerrecht des Ehemannes erhalten; die Bürgerrechtszusicherungen und Bürgerrechtsentlassungen wurden fallen gelassen. — Vorehelich geborene Kinder erhielten durch Verehelichung der Eltern die Rechte ehelicher Kinder[1]). Dieser Konkordatsentwurf wurde aber einzig von Bern ratifiziert (B. Bl. 1868, II, 733).

Die Botschaft des B. R. vom 17. Juni 1870 beantragte folgenden Art. 43 *a*:

«Das Recht zur Ehe wird unter den Schutz des Bundes gestellt. — Dasselbe darf nicht beschränkt werden aus ökonomischen Rücksichten oder aus Rücksicht auf das bisherige Verhalten oder aus andern polizeilichen Gründen. — Die in einem Kantone nach seiner Gesetzgebung abgeschlossene Ehe soll im Gebiete der ganzen Eidgenossenschaft als Ehe anerkannt werden.»

Abs. 4, 5 und 6 = heute.

---

[1]) Botschaft zum Zivilstandsgesetz, B. Bl. 1874, III, 2.

Der B. R. bemerkte dazu u. a., er habe die Regelung der Form der Eheschliessung der Kantonsgesetzgebung überlassen wollen, mit der Beschränkung aber, dass die in einem Kanton abgeschlossene Ehe in der ganzen Schweiz als gültig anerkannt werde, und dass die Zivilehe jedermann offen stehe. Er habe die Materie so geordnet, dass ein Ausführungsgesetz nicht notwendig sei; sollte aber die B. Vers. diesen Standpunkt nicht teilen, so möchte es passend sein, die Bezeichnung der Ehehindernisse und der Form der Eheschliessung einem Spezialgesetze vorzubehalten. U. a. U. aber werde es notwendig sein, die Bundesintervention auf den Schutz des Rechtes zur Ehe zu beschränken, im Gegensatz zur Gesetzgebung über das Eherecht selbst.

In der N. R. K. beantragte die politische Sektion, den ganzen Artikel durch die Bestimmung zu ersetzen: «Die Ehe ist ein bürgerlicher Vertrag und wird unter den Schutz und die Gesetzgebung des Bundes gestellt.» Die Ehe müsse in einer für alle Konfessionen und Religionsgenossenschaften gleichmässig geltenden Weise geordnet und die Beobachtung der kirchlichen Vorschriften jedermann freigelassen werden. Dieser Antrag wurde von der Kom. zuerst angenommen, später aber durch die etwas modifizierte b. r. Fassung ersetzt: «Die Ehe steht unter dem Schutze des Bundes. Dieselbe darf nicht...» (wie B. R.). Abs. 3 wie B. R. mit dem Zusatz: «so lange nicht ein Gesetz über die Erfordernisse zur Eingehung der Ehe Vorschriften aufgestellt hat.» Abs. 4—6 wie B. R. Zugleich wurde der Bund in Art. 59*a* ermächtigt, über das ganze Zivil- und Strafrecht, sowie über den Prozess zu legiferieren[1]).

Die St. R. K. nahm die Fassung der N. R. K. an, mit der Änderung, dass in Abs. 3 auch die im Ausland geschlossene Ehe, nach heutiger Fassung, berücksichtigt wurde, und dass die Abs. 4 und 5 gestrichen wurden. In Art. 54 erhielt der Bund ebenfalls die Kompetenz, ein Gesetz über das Eherecht, wie über das übrige Zivilrecht zu erlassen[2]).

Der N. R. gab den 2 ersten Absätzen folgende Fassung: «Das Recht zur Ehe steht unter der Gesetzgebung und dem Schutze des Bundes. — Dieselbe darf nicht aus kirchlichen oder ökonomischen Rücksichten etc.»

Der St. R. strich im ersten Absatz die Worte: «der Gesetzgebung und», womit sich der N. R. einverstanden erklärte.

Der B. R. nahm diese Fassung in seinem Entwurf vom 4. Juli 1873 wieder auf, sprach sich aber zugleich für die obligatorische Zivilehe aus (gemäss seinem Art. 60, Abs. 3; vgl. Art. *53*). Der N. R. nahm diese Fassung an, beschränkte aber die Rechtseinheit auf einzelne Materien, unter denen das Eherecht nicht stand[3]).

Im St. R. wurden im 3. Absatz die Worte: «So lange nicht die Bundesgesetzgebung (Art. 55) über die Erfordernisse zur Eingehung der Ehe besondere Vorschriften aufgestellt hat», weggelassen, infolge der Beschränkung der Rechtseinheit in Art. 55. Auf den Antrag *Airoldi*, den 1. Absatz zu ersetzen durch die Worte: «die bürgerliche Eheschliessung ist obligatorisch» und infolge der Vereinheitlichung dieser Materie im 3. Abs. die Worte: «in einem Kantone oder» zu streichen, bemerkte

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 33, 41, 70, 71, 141 ff., 147, 224, 231.

[2]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 19, 44 ff., 111.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1871, S. 250, 258, 262, 264, 554, 579. Prot. des St. R. vom 2. und 27. Febr. 1872. *Bulletin*, S. 270, 528.

B. R. *Welti*, diese Änderungen seien überflüssig, «da in dieser Richtung bereits durch die Art. 48 (Glaubens- und Gewissensfreiheit) und 49*e* (Zivilstand) vorgesorgt sei.» Der Artikel wurde darauf in heutiger Fassung angenommen[1]).

II. Auslegung.

Das Recht zur Ehe wurde unter den Schutz des Bundes gestellt, um die ungerechtfertigten Ehehindernisse der kantonalen Gesetzgebungen aufzuheben und weil man nicht voraussah, dass der Bund ein ausführliches Ehegesetz erlassen würde. Deshalb wurden in Abs. 2 diejenigen Gründe der Eheverweigerung aufgeführt, die als absolut unzulässig erschienen, und in den folgenden Absätzen einige unerlässliche Wirkungen der Ehe aufgezählt. Der Bund war daher nicht kompetent, die materiellen Erfordernisse der Eheschliessung zu regeln, wie auch die Beratung im St. R. vom Jahre 1873 zeigt. Nachdem aber das Bundesgesetz vom 24. Dezember 1874 erlassen und namentlich Art. 64 B. V. revidiert worden ist, hat die Frage keine praktische Bedeutung mehr. Vgl. Botschaft des B. R. vom 2. Okt. 1874. Bericht der Minderheit der St. R. K. vom 26. Okt. 1873 (B. Bl. 1874, III, 4, 858)[2]).

Abs. 1. Die allgemeine Fassung des *ersten Absatzes* sollte dem Bunde gestatten, nicht nur gegen die kantonalrechtlichen Ehehindernisse der im 2. Absatz bezeichneten Art einzuschreiten, sondern auch gegen jede ungebührliche Erschwerung der Eheschliessung durch Vorschriften über Verwandtschaft, Alter, Handlungsfähigkeit der Nupturienten, oder Ehekonsens der Eltern oder des Vormundes, oder auch durch Vorschriften über das Verfahren. Seit dem Inkrafttreten des B. Ges. sind die materiellrechtlichen Erfordernisse der Eheschliessung ausschliesslich durch dieses Gesetz geregelt, so dass weder kantonales Recht, noch Art. 54 B. V. mehr anwendbar sind; das Gesetz schliesst die B. V. nicht nur deshalb aus, weil es die Materie eingehender regelt, sondern auch, weil es selbst dann verbindlich wäre, wenn es mit der B. V. im Widerspruch stände, und da es die Ehehindernisse abschliessend regeln will, bleibt für die Anwendung des Verfassungsartikels kein Raum mehr[3]). Abs. 1 des Art. 54 könnte bloss noch zur Geltung kommen gegenüber den kantonalrechtlichen Vorschriften über das Verfahren z. B. bei

---

[1]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 164; 344, 348; 264. Bei Art. 55 (Rechtseinheit) wurde ausdrücklich konstatiert, dass sich die Bundesgesetzgebung nach der neuen Fassung nicht auf das Eherecht erstrecken werde, vgl. S. 192, 194.

[2]) *Barilliet,* Leçons sur l'état civil, le mariage et le divorce. Paris et Genève, 1879, p. 11. *Hahn,* in *Leske* und *Löwenfeld,* Die Rechtsverfolgung im internationalen Verkehr, IV, S. 230.

[3]) Das hat richtig ausgesprochen B. Ger. vom 9. April 1880 i. S. Zumbrunn, VI, 281. Die Folge davon ist, dass der staatsrechtliche Rekurs an das B. Ger. neben der zivilprozessualischen Berufung unzulässig ist. Unrichtig dagegen: B. Ger. vom 10. März 1876 i. S. Tannaz, II, 30; 30. Nov. 1878 i. S Graf, IV, 548, wo es heisst, die willkürliche, offenbar gesetzeswidrige Auferlegung einer Wartefrist (dem unschuldigen Teil) enthalte auch eine Verletzung des Art. 54 B. V. und könne mit dem staatsrechtlichen Rekurse angefochten werden, trotzdem das Rechtsmittel gegen das Urteil nicht rechtzeitig ergriffen worden sei. Vgl. unten Art. *102,* Ziff. *2,* lit. *c.* Es lag daher auch eine blosse Gesetzesverletzung in der Weigerung, das Eheversprechen eines Heimatlosen zu verkünden. B. Ger. vom 16. Dez. 1897 i. S. Meyer, XXIII, 1391.

Eheeinsprachen [1]). Eine Verletzung des Rechts zur Ehe liegt nicht darin, dass die Eheschliessung durch die Erfüllung an sich zulässiger Rechtspflichten tatsächlich verunmöglicht wird. Dass der Militärdienst, die Verhängung von Freiheitsstrafen, die Geschwornenpflicht an sich verfassungsmässige Einrichtungen sind, ist eben so sicher, als dass sie ohne Beschränkung der persönlichen Freiheit nicht denkbar sind; sind diese Einrichtungen (und noch andere, z. B. sanitarische Internierung) verfassungsmässig, so kann es der damit unvereinbare Anspruch, jederzeit zur Eheschliessung schreiten zu können, nicht sein [2]). Dasselbe ist von öffentlichrechtlichen Vermögensleistungen, wie Steuern, Bussen u. dgl. zu sagen, welche die Gründung des Ehestandes erschweren, u. U. sogar verunmöglichen.

Dagegen darf die Eingehung der Ehe nicht verunmöglicht werden, um die Erfüllung einer Pflicht zu erreichen, die mit der Eingehung der Ehe nicht in begrifflichem Gegensatz steht, z. B. die Bezahlung von Bussen oder Steuern. Wenn jemand ausserhalb des Kantons niedergelassen ist, der dem Kanton gegenüber eine mit der Freizügigkeit unvereinbare Verpflichtung hat, wie Freiheitsstrafe oder Militärdienst, so können ihm diejenigen Schriften verweigert werden, welche den Aufenthalt ausserhalb des Kantons ermöglichen, nicht aber diejenigen, welche ihm bloss die Verehelichung ermöglichen, denn er könnte auch ohne diese fortbleiben; jene können ihm aber verweigert werden, trotzdem er sich gerade verehelichen will. Gutachten des eidg. Justizdepartements vom 19. Januar 1898; *Salis,* II, Nr. 644; B. Ger.. 2. Febr. 1905, i. S. Kellenberger gegen Appenzell.

Die B. V. will in Abs. 1 u. 2 das Recht zur Eheschliessung schützen, nicht die geschlossene Ehe gegen Scheidung oder Trennung; es ergibt sich dies aus der ganzen Entwicklung der Gesetzgebung des Bundes. B. Ger. vom 15. Febr. 1879 i. S. Weidmann, V, 37, womit VI, 281 nicht ganz übereinstimmt.

Grundsätzlich können auch Ausländer den Art. 54 B. V. anrufen [3]); wenn aber das B. Ges. in Art. 37, Abs. 4, für den Fall, wo der Bräutigam Ausländer ist, eine Erklärung der zuständigen auswärtigen Behörde verlangt, worin die Anerkennung der Ehe mit allen ihren Folgen ausgesprochen ist, so liegt darin nur eine zur Wahrung internationaler Interessen der Schweiz getroffene Massregel, die mit Art. 54 B. V. wohl vereinbar ist.

Das Verbot des **Abs. 2,** das Recht zur Ehe *aus kirchlichen Rücksichten* zu beschränken, ist ein Anwendungsfall des in Art. 49, Abs. 4, ausgesprochenen Grundsatzes, dass die Ausübung bürgerlicher und politischer Rechte durch keinerlei Vorschriften und Bedingungen kirchlicher oder religiöser Natur beschränkt werden dürfen.

Dieser Grundsatz bedeutet hier, dass die Vorschriften kirchlicher Behörden, namentlich das kanonische Recht, unverbindlich sind, wie auch, dass die Vorschriften der staatlichen Behörden auf konfessionelle Unterschiede keine rechtlichen aufbauen sollen.

---

[1]) Art. 34, 35 des B. Ges.; vgl. Art. 27. B. Ger. XVIII, 79; VI, 281.

[2]) B. Ger. vom 20. Sept. 1888 i. S. Lendi, X, 330: Administrative Internierung durch die Vormundschaftsbehörde in eine Arbeitsanstalt wegen unsittlichen und arbeitsscheuen Verhaltens. Eine andere Frage war, ob dieses Vorgehen nicht sonst willkürlich war. Vgl. dagegen B. Ger. II, 28.

[3]) Im Falle Meyer, XXIII, 1391.

Ökonomische Rücksichten[1]. Den Brautleuten soll die Eingehung der Ehe nicht wegen Vermögenslosigkeit verweigert oder dadurch erschwert werden, dass ihnen anlässlich ihrer Verehelichung Vermögensleistungen an den Staat auferlegt werden. Deshalb ist es unzulässig, die Eheschliessung zu verweigern, weil der Vater die zukünftigen oder schon geborenen Kinder der Braut nicht zu ernähren im stande ist, B. Ger. vom 23. Januar 1875 i. S. Kamber, I, 93: Verheiratung mit der Mutter von 6 unehelichen Kindern; oder die Bewilligung an die Bedingung zu knüpfen, dass die früher erhaltenen Unterstützungen zurückbezahlt werden, B. Ger. vom 23. Dez. 1875 i. S. Hofliger, I, 95; gl. D. i. S. Meyer, I, 101; oder dass für den Fall späterer Unterstützung Kaution geleistet werde[2], und eben so unzulässig ist es, die Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe oder der durch die nachfolgende Ehe legitimierten Kinder von solchen Bedingungen abhängig zu machen[3].

Da das seit dem 1. Januar 1876 geltende B. Ges. die Ehe von keiner obrigkeitlichen Bewilligung mehr abhängig macht und die Ehehindernisse abschliessend aufzählt, hat auch diese Frage keine praktische Wichtigkeit mehr.

Die Erhebung von *Gebühren* für die Inanspruchnahme der Zivilstands- und andern Behörden behufs der Eheschliessung und die Auferlegung der Prozesskosten bei gerichtlichen Anständen enthalten keine Verfassungsverletzung, B. Ger. vom 9. Febr. 1875 i. S. Sigrist, I, 114: Kosten der ärztlichen Untersuchung und Rekurskosten; vom 15. Febr. 1879 i. S. Weidmann, V, 37: Prozesskaution einer auswärts wohnenden Partei im Ehescheidungsprozess. Das B. Ges. erklärt nun allerdings in Art. 31 die von schweizerischen Zivilstandsbeamten vorzunehmenden zur Eheschliessung notwendigen Handlungen in der Regel taxfrei[4]. Es bedarf kaum der Erwähnung, dass Abs. 2 des Art. 54 B. V. das eheliche Güterrecht unberührt lässt[5].

Brauteinzugsgebühren. Dem gleichen Gedanken entspricht es, wenn Abs. 6 die Brauteinzugsgebühren und die anderen ähnlichen Abgaben untersagt. Brauteinzugsgebühren waren Vermögensleistungen, die demjenigen, der eine Nichtbürgerin heiratete, auferlegt wurden und die als Entgelt für das von der Frau erworbene Bürgerrecht und die damit

---

[1]) Die französische Übersetzung ist hier, wie im ganzen Absatz, ungenau: Aucun empêchement de mariage ne peut être fondé... sur l'indigence de l'un ou de l'autre des époux.

[2]) B. Ger. vom 12. Febr. 1875 i. S. Christen, I, 109, die vor Inkrafttreten der B. V. geleistete Kaution muss zurückerstattet werden; vgl. vom 15. Juli 1881 i. S. Blank, VII, 453, wo richtig entschieden, dass die vor dem 29. Mai 1874 definitiv abgetretene Summe nach diesem Datum nicht zurückerstattet werden muss; vgl. B. Bl. 1893, II, 37, Nr. 18: Kaution seitens der Kantonsregierung verlangt von einem schriftenlosen italienischen Deserteur zur Vornahme der Verkündigung.

[3]) B. Ger. vom 14. Okt. 1876 i. S. Baldinger, II, 397: Die vor Inkrafttreten der B. V. im Ausland eingegangene Ehe muss anerkannt werden, trotzdem die damals geschuldeten Prästanden nicht bezahlt wurden.

[4]) Vgl. Art. 15 und 16 des Reglementes für die Führung der Zivilstandsregister vom 20. Sept. 1881. Handbuch, S. 294, 364. *Salis*, IV, Nr. 1487: auch Übersetzungsgebühren von Akten, die in einer der drei Nationalsprachen abgefasst sind, sind nicht gestattet, wohl aber wenn die Akten in einer fremden abgefasst sind.

[5]) B. Ger. vom 30. März 1883 i. S. Zündel, IX, 19. Eben so selbstverständlich ist es, dass die Legitimation pekuniär interessierter Personen zur Nichtigkeitsbeschwerde die B. V. nicht verletzt. B. Ger. V, 259.

verbundene Unterstützungsberechtigung dienen sollten [1]). Als andere ähnliche Abgaben sind solche zu betrachten, die von Nichtbürgern, Schweizern oder Ausländern, gefordert werden, welche infolge ihrer Verehelichung das Bürgerrecht erwerben oder ihren ehelichen Wohnsitz im Kanton oder in der Gemeinde begründen [2]).

Bisheriges Verhalten. Die Ehe darf nicht wegen des bisherigen Verhaltens in rechtlicher und sittlicher Beziehung verhindert werden, B. Ger., I, 95: Zurücklassung eines irrsinnigen unehelichen Kindes im Ausland; I, 93; 19. Februar 1876 i. S. Willi, II, 28: einem auf Wohlverhalten hin entlassenen Sträfling kann die Eheschliessung nicht verweigert werden (B. Bl. 1891, II, 554, Nr. 20; *Salis,* IV, Nr. 1476, I).

Das B. Ger. entschied mit Recht vor Inkrafttreten des B. Ges., dass das Verbot der Ehe zwischen Ehebrechern nicht verfassungswidrig sei [3]); das B. Ges. verbietet diese Ehe nicht.

Es wäre auch nicht verfassungswidrig, Personen, die mit erblichen und ansteckenden Krankheiten behaftet sind, im Interesse ihrer Nachkommen die Ehe zu verbieten, denn der Grund eines solchen Verbots ist nicht das bisherige, vielleicht ganz schuldfreie Verhalten der Nupturienten, sondern die Gesundheit künftiger Generationen. Dagegen würde ein solches Verbot auf «*polizeilichen*» *Gründen* beruhen; als polizeiliche Gründe sind solche anzusehen, welche durch die Vorsorge gegen die nachteiligen Folgen einer Ehe für die Eheleute und den Staat eingegeben sind. Es entspricht der Auffassung jener Zeit, in der die Verfassung entstand, dass das Individualrecht des Einzelnen durch derartige Rücksichten nicht verkümmert werde.

Abs. 3. Dass die in einem *Kanton* abgeschlossene Ehe im ganzen Gebiete der Eidgenossenschaft anerkannt werden muss, ist selbstverständlich, seitdem das formelle und materielle Eheschliessungsrecht bundesrechtlich geregelt sind. Der Grundsatz der B. V. kann nur noch für Ehen von Bedeutung sein, die vor dem Inkrafttreten des B. Ges. betr. Feststellung und Beurkundung des Zivilstandes und die Ehe vom 24. Dez. 1874 geschlossen worden. Das B. Ger. hat in einer Reihe von Entscheidungen erkannt, dass Abs. 3 von Art. 54 auch auf diejenigen Ehen Anwendung finde, die vor dem Inkraftreten der B. V. geschlossen worden seien, sofern sie in diesem Zeitpunkt noch bestanden [4]).

Art. 54, Abs. 3, B. V. findet nur auf Ehen Anwendung, die von *Schweizern* unter sich oder mit Ausländern eingegangen werden, nicht aber auf die Ehe zweier Ausländer. Es geht dies einmal daraus hervor

---

[1]) Die Tagsatzung beschloss am 10. Juni 1807 mit Mehrheit, den Kantonen zu überlassen, von einer in einen andern Kanton einheiratenden Schweizerin eine mässige Geldleistung zu verlangen und diesfalls gegenrechtlich gegen einander zu verfahren. Verschiedene Kantone gaben den Betrag dieser Geldleistungen zu Protokoll: Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., 211—212.

[2]) B. Ger. I, 101. B. Bl. 1876, 676. *Handbuch,* Nr. 118 (Ausländer).

[3]) B. Ger. vom 20. Febr. 1875 i. S. Graf. I, 99. *Blumer-Morel,* I, 463. *Schollenberger,* Kommentar, S. 406.

[4]) B. Ger. I, 101; II, 33, 399; IV, 6, 211; VII, 662; vgl. Urteile v. 28. April 1877 i. S. Bund g. Bern und Wallis, III, 363; vom 2. Dez. 1887 i. S. Uri c. Tessin, XIII, 470, wo bezüglich einer vor 1874 konkordatswidrig geschlossenen und wieder aufgelösten Ehe ausgeführt ist, dass die staatsrechtliche Gültigkeit einer in einem Kanton der Schweiz oder im Ausland nach der dort geltenden Gesetzgebung abgeschlossenen Ehe für so lange zu präsumieren sei, bis aus der Gesetzgebung des betr. Kantons nachgewiesen werde, dass dieselbe ohne Zustimmung der Landesregierung, resp. ohne Beobachtung der einheimischen formellen Vorschriften, nicht in gültiger Weise habe eingegangen werden können.

dass von der Anerkennung der in einem andern Kanton oder im Ausland eingegangenen Ehe die Rede ist, während es sich bei Ausländern vor allem um die Anerkennung der in der Schweiz eingegangenen Ehe handeln würde; ferner sind diejenigen Folgen der Anerkennung, welche die B. V. in Abs. 4 und 5 hervorhebt, auf Ehen unter Ausländern unbestrittenermassen nicht anwendbar. Die Anerkennung solcher Ehen in der Schweiz könnte von Bedeutung sein als präjudizielle Frage in Zivilprozessen über familienrechtliche und vermögensrechtliche Verhältnisse der Eheleute unter sich oder ihrer Erben; es ist aber nicht anzunehmen, dass die B. V. über diese Frage des internationalen Privatrechts, an deren Regelung im vorausgesetzten Fall die Schweiz kein besonderes Interesse hat, sich habe äussern wollen. Die Anerkennung einer Ausländerehe durch die schweizerischen Behörden kann strafrechtlich etwa zur Feststellung des Tatbestandes der Bigamie und im Verwaltungsrecht z. B. im Gebiete der Fremdenpolizei und des Steuerrechts praktisch werden; auch darüber wollte aber die B. V. gewiss keine so absolute Vorschrift aufstellen, wie Art. 54, Abs. 3, lautet [1]). Die Bundesbehörden haben sich mehrmals für diese Auslegung ausgesprochen [2]).

Dagegen gilt der Grundsatz, wenn bloss ein Teil der Eheleute Ausländer ist: die Ehe wird mit denjenigen Wirkungen anerkannt, die sie für den schweizerischen Ehegatten nach dem massgebenden Recht hat.

Indem die B. V. die Anerkennung einer im Ausland abgeschlossenen Ehe vorschreibt, will sie nur, dass die Gültigkeit der Ehe, ihre rechtliche Existenz nicht in Frage gestellt werde; abgesehen von Abs. 4 u. 5 des Art. 54, entscheidet sie nicht, nach welchem Rechte die Wirkungen der Ehe unter den Ehegatten und gegenüber Dritten, sowie die Rechtsverhältnisse der Kinder zu beurteilen sind; diese Frage bleibt offen [3]).

Es ist ständige Praxis und kann nach der Entstehungsgeschichte des Art. 54 kaum bestritten werden, dass die B. V. die ausländische Gesetzgebung nicht nur in bezug auf die Formen der Eheschliessung, sondern auch in bezug auf die materiellen Erfordernisse massgebend sein lässt [4]). Der im Ausland niedergelassene Schweizer, der nach dortigem Gesetz eine gültige Ehe eingeht, soll sie auch seinen Heimatbehörden gegenüber zur Anerkennung bringen können; seine Frau und seine Kinder sollen nicht heimatlos werden, weil sie die Heimatgemeinde des Mannes nicht anerkennen will, während der Heimatstaat der Frau sie mit noch mehr Recht als Schweizerin ansieht. Das war wohl der Gedankengang, der die B. Vers. zur Aufnahme der Vorschrift bestimmte; ihr Beweggrund war die Vermeidung von Heimatlosenfällen. Es ist damit m. E. nicht gesagt, dass die Bestimmung auch auf diejenigen Schweizerbürger anzuwenden sei, die sich ins Ausland begeben, um dort eine nach schweizerischem Recht unzulässige Ehe zu schliessen. Das einzige absolut

---

[1]) Das B. Ger. scheint das Gleiche anzunehmen, VII, 97, Erw. 5.

[2]) Antwort des eidg. Justizdepartements: B. B. 1899, I, 363; III, 911 (Zustimmung der St. R. K.); 1900, I, 794; 1901, II, 17; 1880, II, 22. *Salis,* IV, Nr. 1565.

[3]) Vgl. Art. 28 ff. des B. Ges. vom 25 Juni 1891.

[4]) *König,* Konflikte der Ehegesetzgebung, Zeitschrift, 1886, V, S. 15. *Schollenberger,* Kommentar, S. 407. Es darf wohl als selbstverständlich angenommen werden, dass polygamische Ehen, auch wenn im Ausland gültig geschlossen, keinen Anspruch auf den Schutz des Art. 54 haben: B. Bl. 1899, I, 364, Nr. 11. Ehen, die nach dem übereinstimmenden Urteil der Ehegesetzgebungen der zivilisierten Länder als unsittlich gelten, brauchen in der Schweiz nicht anerkannt zu werden.

sichere Mittel, die Heimatlosigkeit wegen Nichtanerkennung im Ausland geschlossener Ehen zu verhindern, wäre allerdings, schlechterdings jede im Ausland nach dortigem Recht gültig geschlossene Ehe in der Schweiz anzuerkennen; die meisten der das schweizerische Gesetz umgehenden Eheschliessungen im Ausland fänden aber nicht statt, wenn die Umgehung nicht anerkannt würde. Es wäre mit der Verfassung wohl vereinbar, als Voraussetzung der Anerkennung aufzustellen, dass der Bräutigam im Ausland seinen Wohnsitz habe[1]. Weder das Gesetz noch die Praxis haben aber eine solche Beschränkung aufgestellt[2]. In Ländern mit Konsulargerichtsbarkeit, in denen die Schweiz keine Vertreter hat, können sich Schweizer nach dem Rechte desjenigen Staates verehelichen, unter dessen Schutz sie sich gestellt haben[3].

Anwendbar ist ausschliesslich das Recht desjenigen Staates, in welchem die Ehe geschlossen wird; die Vorschriften des Heimatkantons des schweizerischen Ehegatten[4] sind ebensowenig anwendbar als diejenigen des Heimatstaates des ausländischen Ehegatten, mit dem der schweizerische sich verbunden hat[5]. Der Beweis, dass eine Ehe im Ausland gültig abgeschlossen wurde, ist von demjenigen zu leisten, der sich darauf beruft, B. Ger. vom 5. Okt. 1883 i. S. Mörschwil g. Reiden, IX, 575; es genügt aber, wenn er in derjenigen Form geleistet wird, die nach ausländischem Recht ausreicht[6].

Abs. 4. Der Satz, dass die Frau das Heimatrecht des Mannes erwirbt, gilt nicht nur im Verhältnis der Kantone untereinander, sondern auch im Verhältnis der Schweiz zum Ausland: die Ausländerin erwirbt durch die Verehelichung mit einem Schweizer das Bürgerrecht ihres Mannes, auch wenn sie nach ausländischem Recht ihr bisheriges Bürgerrecht nicht verlieren sollte[7]. Verbunden mit Abs. 3 u. 5 ergibt dieser

[1]) Wie *König*, Gutachten betr. Abänderung des B. Ges. vom 24. Dez. 1874, S. 9, vorschlug; ebenso *Blumer-Morel*, I, 466. *Martin*, Commentaire de la loi fédérale concernant l'état civil et le mariage, Genève 1897, meint, das ausländische Recht habe nur für die Form der Eheschliessung zu gelten. *Muheim*, Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im schweiz. Privatrecht, Diss., Altdorf 1887, S. 190, bezieht die Bestimmung nicht auf Schweizer im Auslande.

[2]) B. Ges. Art. 25, Abs. 3, vgl. Art. 56. Entwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches, Art. 157; vgl. aber S. 251, V, wo die schweizerischen Bestimmungen vorbehalten werden, die um der öffentlichen Ordnung oder der guten Sitte willen aufgestellt sind. Bezüglich der Praxis vgl. die bei *Salis*, IV, Nr. 1566—1569 angeführten Fälle; ferner B. Bl. 1880, II, 22. *Handbuch* des Zivilstandsbeamten, Nr. 111, S. 273, vgl. Nr. 114, B. Bl. 1897, I, 372; 1896, II, 20. Vgl. Kreisschreiben des B. R. vom 3. Juli und 5. Aug. 1874, B. Bl. 1874, II, 509, 622. *Blumer-Morel*, I, 495. B. Bl. 1895, II, 117, Nr. 11.

[3]) *Salis*, IV, Nr. 1568, 1569, 1494; vgl. betr. die Vornahme von Zivilstandshandlungen durch die Vertreter der Schweiz im Ausland, Art. 13 des B. Ges.

[4]) Der Schweizer, der sich im Ausland verehelicht, bedarf daher keiner Ermächtigung der Heimatbehörde, wenn die ausländische Gesetzgebung dies nicht vorschreibt. *Salis*, IV, Nr. 1564. Desgleichen berechtigt die Unterlassung einer nach ausländischem Recht vorgeschriebenen Formalität oder die Nichtberücksichtigung eines Ehehindernisses nur dann zur Verweigerung der Anerkennung der Ehe in der Schweiz, wenn diese Regelwidrigkeit nach auländischem Recht die Nichtigkeit der Ehe zur Folge hat: B. Ger. vom 18. März 1876 i. S. Fähndrich, II, 33; Unterlassung der Ermächtigung der Heimatbehörde und der Verkündigung am Heimatorte, vgl. I, 101; II, 397.

[5]) B. Bl. 1886, I, 446: Trauung eines Schweizerbürgers mit einer Engländerin durch den Geistlichen der englischen Botschaft in Paris. *Salis*, IV, Nr. 1560.

[6]) Die Form der Eheschliessung passt sich in der Regel den Erfordernissen des Beweises an. Die Unterscheidung des B. Ger. im Urteil vom 19. Mai 1882 i. S. Trafford, VIII, 321, zwischen der Beweisform und der Zulässigkeit eines Beweismittels überhaupt, welch letztere allein nach schweizerischem Prozessrecht zu beurteilen wäre, ist m. E. nicht zutreffend.

[7]) *König*, Gutachten 10.

Rechtssatz, dass auch die im Ausland nach dortiger Gesetzgebung gültig geschlossene Ehe diese Wirkung hat, und dass voreheliche Kinder der Braut durch deren Verehelichung mit dem Vater der Kinder das schweizerische Bürgerrecht erwerben, während eheliche Kinder einer Ausländerin oder uneheliche Kinder eines andern Vaters durch die Verehelichung der Mutter mit einem Schweizer das schweizerische Bürgerrecht nicht erwerben.

Umgekehrt aber verliert die Schweizerin ihr Bürgerrecht, wenn sie einen Ausländer heiratet[1]). Da nicht alle ausländischen Gesetzgebungen den entsprechenden Grundsatz anerkennen, dass Ausländerinnen durch Verehelichung mit Staatsangehörigen das Bürgerrecht des Mannes erwerben, können auch hier internationale Konflikte entstehen. M. E. würde aber die B. V. nicht verbieten, dass mit ausländischen Staaten eine davon abweichende Regelung der Gesetzeskonflikte vereinbart würde, denn Abs. 4 von Art. 54 ist nicht sowohl aufgestellt worden im Interesse der einzelnen sich verehelichenden Personen (denen die B. V. ja kein ausländisches Bürgerrecht verschaffen kann) oder der Heimatkantone und -gemeinden, als zur Verhütung von Heimatlosigkeit und Streitigkeiten über Bürgerrecht[2]).

Art. 54 B. V. entscheidet nicht die Frage, welches die Wirkungen der Ehescheidung auf das Bürgerrecht der Frau seien, schon deshalb nicht, weil er dem Bunde nicht die Kompetenz geben wollte, ein Gesetz über die Ehescheidung zu erlassen. Es bleibt also hierin das kantonale Recht massgebend[3]).

Endlich enthält Art. 54 auch keine Bestimmung über die Unterstützungspflicht des Heimatkantons oder der Heimatgemeinde, sondern nur über das Bürgerrecht; in der Mehrzahl der Fälle wird dadurch allerdings auch jene Frage praktiseh erledigt sein; B. Ger. vom 26. Mai 1877 i. S. ref. Bürgerschaft der Gem. Spreitenbach, III, 199, wo die Unterstützungslast konfessionell geteilt war.

Ist der Mann schweizerischer *Heimatloser,* d. h. gehört er völkerrechtlich der Schweiz an, ohne jedoch ein bestimmtes Kantonsbürgerrecht oder Gemeindebürgerrecht zu besitzen, so kann ihm die Verehelichung nicht untersagt werden, die Frau behält aber bis zu seiner Einbürgerung ihr eigenes Bürgerrecht; B. Ger. vom 16. Dez. 1877 i. S. Meyer, XXIII, 1391.

Wird ein Mann, der nach schweizerischem Recht Ausländer ist, von seinem Heimatstaate nicht anerkannt, so ist er deswegen nicht als

---

[1]) B. Bl. 1901, II, S. 17, Nr. 11.

[2]) Unzulässig schiene es mir dagegen, durch Staatsvertrag zu vereinbaren, dass eine Ausländerin durch ihre Verheiratung mit einem Schweizer das Schweizerbürgerrecht nicht erwirbt. Verliert sie nach ausländischem Recht ihr bisheriges Bürgerrecht nicht, so entsteht ein Fall von Doppelbürgerrecht; da aber die Schweiz dem ausländischen konkurrierenden Bürgerrecht als einer unabänderlichen Tatsache gegenübersteht, so darf dem Bund nicht versagt werden, zur Vermeidung von internationalen Konflikten der beiden Staatshoheiten die Wirkungen des Schweizerbürgerrechts wenigstens in staatsrechtlicher Beziehung durch Vertrag oder Gesetz abzuschwächen, wie es das B. Ges. vom 25. Juni 1903 betr. die Erwerbung des Schweizerbürgerrechtes und den Verzicht auf dasselbe, Art. 6, tut.

[3]) Nach dem *Handbuch* des Zivilstandsbeamten, S. 180, ist das Heimatrecht der geschiedenen Frau dasjenige des letzten Ehemannes. *Martin,* a. a. O., S. 27—28, erklärt dies für diskutierbar. M. E. ist die Frage nach dem jeweiligen kantonalen Recht zu beantworten. Nach allen behält aber die Frau das Bürgerrecht, welches sie durch den Eheabschluss erworben hat. *Huber*, Schweiz. Privatrecht, I, S. 203.

Schweizer zu betrachten; schweizerischer Heimatloser wird er nur dann, wenn die schweizerische Behörde ihn glaubt als Angehörigen der Schweiz anerkennen zu müssen (vgl. Art. *68*), was nach internationalen Normen zu entscheiden ist; im andern Fall ist er als Ausländer zu betrachten und seine Frau mit ihm, auch wenn das ausländische Recht anders entschiede; unrichtig B. Ger. vom 13. März 1891 i. S. Schneider, XVII, 41.

Abs. 5. Die B. V. behandelt nur eine Art der Legitimation, nämlich diejenige durch nachfolgende Verehelichung der Eltern, und überlässt es dem kantonalen Recht, noch andere Arten der Legitimation zu begründen, z. B. durch obrigkeitliche Verfügung, Anerkennung oder Vaterschaftsklage[1]. Das B. Ger. hat ferner mit Recht entschieden, dass es den Kantonen auch zustehe, die Legitimation adulteriner Kinder auszuschliessen[2]. Was die inzestuosen Kinder betrifft, so ist ihre Legitimation durch eine Verehelichung in der Schweiz ausgeschlossen; bringen es die Eltern zu stande, die Ehe im Ausland zu schliessen, so ist, wie die Ehe selbst, auch ihre legitimierende Wirkung anzuerkennen.

Die B. V. wollte mit Abs. 5 von Art. 54 keinen Satz des internationalen Privatrechtes aufstellen; es würde m. E. über die Absicht der Urheber derselben hinausgehen, wollte man daraus entnehmen, wie weit das schweizerische Recht in diesem Punkt angewendet werden soll, wenn es mit ausländischem Recht über denselben Gegenstand in Konflikt kommt. Diese Frage muss daher ohne jede positivrechtliche Stütze vom Richter gelöst werden. Es ist wohl kaum zu bezweifeln, dass schweizerisches Recht nicht Anwendung findet, wenn zwei Ausländer sich verehelichen[3]; dass es aber auch dann Anwendung findet, wenn zwei Schweizer sich im Ausland verheiraten[4]. Dagegen erheben sich Zweifel, wenn ein Ausländer eine Schweizerin heiratet oder ein Schweizer eine Ausländerin. Ist der Bräutigam Schweizer, so ist m. E. die Legitimation anzuerkennen, wenn auch dadurch das Kind Doppelbürger wird[5]. Ist dagegen die Braut Schweizerin, so ist das Gegenteil richtiger, wenn die ausländische Gesetzgebung den Grundsatz des schweizerischen Rechts nicht anerkennt[6].

Die Bundesbehörden haben wiederholt ausgesprochen, dass die Legitimation vorehelicher Kinder durch nachfolgende Verehelichung ihrer Eltern *von Rechts wegen* eintritt, dass die Tatsache der vorehelichen Abstammung daher jederzeit nach der Eheschliessung konstatiert

---

[1]) ***Huber,*** Schweiz. Privatrecht, I, 406, 530. ***Rognin,*** Conflits des lois suisses, 136 ff. B. Ger. vom 11. Mai 1877 i. S. Frehner, III, 204: Anerkennung von Brautkindern; B. Bl. 1895, II, 126, Nr. 20.

[2]) B. Ger. vom 25. Febr. 1887 i. S. Wuillens, XIII, 42; a. A. ***Rognin,*** 138, 141. Vgl. B. Bl. 1891, II, 553, Nr. 17; 1892, II, 522 ff.; 1896, II, 25, Nr. 21.

[3]) *Salis*, IV, Nr. 1515. ***Martin,*** Commentaire, 81. Etwas anderes will auch Art. 45 des Vollz. Reglementes vom 20. Sept. 1881 nicht sagen.

[4]) Reglement Art. 44. B. Bl. 1892, II, 522, Nr. 18.

[5]) ***Rognin,*** a. a. O., 145; B. Bl. 1890, II, 166, Nr. 17. Der B. R. erklärte das voreheliche Kind eines Freiburgers und einer Französin durch deren in Frankreich eingegangene Ehe als legitimiert und als Schweizerbürger, trotzdem die Anerkennung erst viel später vor dem Zivilstandsbeamten in Genf stattfand, während das französische Recht die Anerkennung spätestens im Trauakt vorschreibt. Gleiche Entscheidung bei Eingehung der Ehe in der Schweiz: B. Bl. 1891, II, 554, Nr. 19; 1895, II, 121, Nr. 16.

[6]) Der B. R. erklärte auch in mehreren solchen Fällen das schweizerische Recht für anwendbar; B. Bl. 1889, II. 736, Nr. 12; 1892, II, 522, 524, Nr. 18, 20; 1894, II, 23, Nr. 14. In einem andern Falle. ibid. Nr. 20, erklärte dagegen der B. R., da der Ehemann Badenser sei, so sei badisches Recht anwendbar. ***Rognin,*** a. a. O., 146; ***König,*** Gutachten, 10.

werden kann: B. Ger. vom 10. Nov. 1877 i. S. der Gemeinde Wohlen, III, 835. *Salis*, IV, Nr. 1515. Im B. Ges. vom 24. Dez. 1874, Art. 41, ist vorgeschrieben, dass die Eltern ihre vorehelichen Kinder bei der Trauung oder spätestens 30 Tage nachher dem Zivilstandsbeamten ihres Wohnortes anzuzeigen haben[1]). Dies ist aber nur eine Ordnungsvorschrift: hat die Eintragung aus irgend einem Grunde nicht stattgefunden, so kann aus dieser Unterlassung den vorehelichen Kindern und ihren Nachkommen in ihren Rechten kein Nachteil erwachsen. Die Anerkennung kann daher auch später erfolgen; B. Ger. III, 835; XVIII, 223 (B. Bl. 1891, II, 554, Nr. 19).

Die vom Zivilstandsbeamten eingetragene einfache Anerkennung eines Kindes durch den Ehemann als seines vorehelichen genügt zum Beweis, dass das Kind wirklich von ihm abstammt; der Zivilstandsbeamte hat die Richtigkeit der Angabe des Ehemannes nicht zu prüfen[2]). Die Anerkennung durch den Ehemann kann dagegen im gerichtlichen Verfahren angefochten werden[3]); durch wen und in welcher Form die Anerkennung angefochten werden kann, bestimmt das kantonale Recht; B. Ger. vom 30. Juni 1883 i. S. Chevailler, IX, 192. Umgekehrt, wenn die Eltern ihr voreheliches Kind bei ihrer Verehelichung nicht anerkennen, so muss dem Kind eine Klage auf Feststellung seiner Abstammung gegeben werden; das Bundesrecht hebt unter der Voraussetzung der Verehelichung der Eltern das kantonale Verbot der Vaterschaftsklage auf[4]).

Endlich ist zu bemerken, dass auch Abs. 5 auf Ehen Anwendung findet, die vor dem 29. Mai 1874 geschlossen wurden, sofern sie bis zu diesem Tage dauerten[5]).

Art. 55.

Die Pressfreiheit ist gewährleistet.

Über den Missbrauch derselben trifft die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen, welche jedoch der Genehmigung des Bundesrates bedürfen.

---

[1]) Vgl. Art. 34—44 des Reglements vom 23. Sept. 1881. B. Bl. 1892, II, 522, Nr. 18.

[2]) *Salis*, IV, 1519, 1521, vgl. 1520. Etwas anderes ist es, wenn das Kind kraft gesetzlicher Präsumption als dasjenige eines früheren Ehemannes der Braut zu gelten hat. Mit Entscheid vom 11. Juli 1897 erklärte der B. R., der Zivilstandsbeamte habe auch nach dem Tode des Ehemannes noch die Anzeige der Ehefrau, dass ihr voreheliches Kind den Ehemann zum Vater habe, anzunehmen, wenn die Tatsache ihm glaubhaft erscheine; Sache der Interessenten sei es, sie vor dem Richter anzufechten. B. Bl. 1897, IV, 1. *Salis*, IV, Nr. 1519.

[3]) B. Ger., III, 35, 835; IV, 9; XII, 430; II, 312; vgl. I, 106. Entsteht Streit zwischen zwei Gemeinden verschiedener Kantone, so entscheidet das B. Ger. im staatsrechtlichen Verfahren. Die B. V. ist jedoch nicht verletzt, wenn eine Gemeinde von der Kantonsregierung verpflichtet wird, ein Kind anzuerkennen, dessen wirklicher Vater der Ehemann, ihr Bürger, nicht ist; aber auch nicht dadurch, dass die Gemeinde die fingierte Vaterschaft anficht. B. Ger., III, 35. *Rognin*, a. a. O., 138.

[4]) A. A. *Martin*, a. a. O., 82.

[5]) B. Ger., I, 104; IV. 9. Letztere Einschränkung kritisiert *Rognin*, 136, während *König*, Konflikte der Ehegesetzgebung, Zeitschrift 1886, Bd. V, 17, im Gegenteil nur den seit dem Inkrafttreten der B. V. geschlossenen Ehen jene Wirkung beilegen will.

Dem Bunde steht das Recht zu, Strafbestimmungen gegen den Missbrauch der Presse zu erlassen, der gegen die Eidgenossenschaft und ihre Behörden gerichtet ist.

I. Geschichte[1].

Im Gegensatz zu den früheren Einschränkungen der Presse stellte die erste *helvetische Verfassung* den Grundsatz der Pressfreiheit mit folgenden Worten auf: Art. 7. «Die Pressfreiheit ist eine natürliche Folge des Rechtes, das jeder hat, Unterricht zu erhalten.»

Die *Mediationsakte* und der *Bundesvertrag* schweigen darüber. Aus der Mediationszeit ist ein Tagsatzungsbeschluss vom 13. Juli 1805 zu erwähnen betr. den Missbrauch der Publizität in Hinsicht auf diplomatische Akten und Verhandlungen, wodurch den eidg. Ständen empfohlen wurde, dafür zu sorgen, dass vertrauliche Aktenstücke und die Verhandlungen der Tagsatzung nicht in ausländischen oder inländischen Blättern veröffentlicht würden[2]. Der Beschluss wurde den 14. Juli 1812 bestätigt unter Inaussichtnahme eines Konkordates betr. Bevollmächtigung des Landammanns zu unmittelbarem Einschreiten gegen diesen Missbrauch.

In der Periode der Restauration 1815—1830 war es die Tagsatzung, welche den Kantonen die Beschränkung der Pressfreiheit durch energische Handhabung der Zensur anempfahl; am 26. Mai 1814 forderte sie die Stände auf, die bei ihnen gedruckten öffentlichen Blätter einer strengen Zensur zu unterwerfen, keine Insertion von ministeriellen, auf die politischen Angelegenheiten der Schweiz bezüglichen Noten, deren Bekanntmachung von der Kantonsregierung nicht förmlich gebilligt worden wäre; zu gestatten, und nicht zu dulden, dass von den Tagsatzungsverhandlungen etwas anderes als gefasste Beschlüsse eingerückt werden, ein Verbot, das mit Rücksicht auf unbefugte Veröffentlichung militärischer Aktenstücke am 29. Mai 1815 und am 12. August 1828 bezüglich aller diplomatischen Verhandlungen und der geheimen Beratungen der Tagsatzung ohne viel besseren Erfolg wiederholt wurde[3]. Den 3. Sept. 1819 beschloss sie, die Kantonsregierungen auf das nachdrücklichste einzuladen, solche Verfügungen zu treffen, dass in Druckschriften, Flugblättern oder Zeitungen keinerlei Beschimpfung oder beleidigende Aufsätze weder gegen das eine noch gegen das andere der beiden Glaubensbekenntnisse abgedruckt und verbreitet werden, eine Wiederholung der in der alten Eidgenossenschaft so häufigen Verbote des Schmützens und Schmähens. Namentlich ist aber das unter dem Drucke der verbündeten reaktionären Mächte gefasste sog. Fremden-Konklusum vom 14. Juli 1823 (Off. Sammlg., II, 71) zu erwähnen[4]. «Es sollen alle Stände

[1]) *H. Huber*, Zum Begriff der Pressfreiheit nach schweiz. Recht. Bern 1891. Bericht der St. R. K. über das Berner Pressgesetz von 1852, vom 24. Juli 1853; B. Bl. 1853, III, 357 ff.

[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., S. 141—142. *Öchsli*, Geschichte der Schweiz im 19. Jahrh., I, 625 ff.

[3]) Repertorium der eidg. Absch. 1814—1848, II, S. 564—574.

[4]) Eine abgeschwächte Wiederholung des auf dem Karlsbader Kongress beschlossenen sog. provisorischen deutschen Bundespressgesetzes vom 20. Sept. 1819, welches den Bundesstaaten die Zensur für alle Zeitschriften und andern Druckschriften von weniger als 20 Bogen vorschreibt.

auf das nachdrücklichste eingeladen werden, die erforderlichen ernsten und genügenden Massregeln auf geeignetem Wege zu ergreifen und zwar: I. In bezug auf den Missbrauch der Presse: 1. dass in den Zeitungen, Tagesblättern, Flugschriften und Zeitschriften bei Berührung auswärtiger Angelegenheiten alles dasjenige sorgfältig ausgewichen werde, was die schuldige Achtung gegen befreundete Mächte verletzen oder denselben Veranlassung zu begründeten Beschwerden geben könnte; 2. dass bei diesen Vorkehren nicht allein auf Bestrafung von Widerhandlungen, sondern vornehmlich auf Verhütung derselben hingezielt werde[1].» Dieser Beschluss wurde an der Tagsatzung jedes Jahr bis 1828 einmütig erneuert; 1828 machte sich kräftiger Widerspruch geltend und 1829 wurde das Konklusum aufgehoben, nachdem die Stände erklärt hatten, sie werden von sich aus dafür sorgen, dass den befreundeten Mächten kein Anlass zu begründeten Klagen gegeben werde.

Aus diesen Vorgängen erklärt sich der Art. 32 des Entwurfes von 1833: «Die Presse steht ausschliesslich unter der Kantonalgesetzgebung; der Bund kann weder die Pressfreiheit aufheben oder beschränken, noch die Zensur einführen.»

In der *Revisionskommission von 1848* wurde zuerst vorgeschlagen, die Bestimmung des Entwurfes von 1833, welche die Pressfreiheit dem Bunde gegenüber gewährleistete, aufzunehmen, oder zu sagen: «In Bundesangelegenheiten besteht Pressfreiheit, mit Vorbehalt der Bestrafung allfälliger Missbräuche.» Die Mehrheit beschloss aber zunächst grundsätzlich, die Pressfreiheit sei als eine Beschränkung der Kantonalsouveränität aufzunehmen und beschloss sodann folgende zwei Grundsätze: *a)* Die Garantie der Pressfreiheit ist von Bundes wegen auszusprechen, in der Meinung, dass die Kantone die Zensur nicht einführen dürfen. *b)* Die Strafgesesetze über den Missbrauch werden den Kantonen überlassen. Diese Grundsätze erhielten die Mehrheit, nachdem die Erläuterung gegeben worden war, es solle dadurch einem allfälligen späteren Bundesgesetze nicht vorgegriffen sein[2]. Der Antrag der Kommission an die Tagsatzung lautete: Art. 43. «Die Pressfreiheit ist gewährleistet. Über den Missbrauch derselben trifft die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Strafbestimmungen.»

Die Tagsatzung lehnte es in erster Beratung ab, die Bestrafung des Missbrauchs der Bundesgesetzgebung zu überlassen, oder wenigstens ein B. Ges. vorzusehen gegen Angriffe auf den Bund oder auf einen anderen Kanton als denjenigen des Ortes der Herausgabe der Druckschrift, oder endlich die kantonalen Gesetze durch den Bund genehmigen zu lassen; ebenso die von *Bern* vorgeschlagene Garantie der Redefreiheit; dagegen wurde der zweite Satz ersetzt durch folgenden: «Es dürfen in Zukunft weder die Zensur, noch Präventivmassregeln gegen die Presse eingeführt werden[3].» Die Bestimmung wurde in folgender Fassung der zweiten Beratung unterbreitet: «Die Pressfreiheit ist gewährleistet. Über den Missbrauch derselben trifft die Kantonalgesetz-

---

[1]) Alle Stände traten dem Konklusum bei. — Schon am 20. Aug. 1816 wurde den Kantonen ans Herz gelegt, darüber zu wachen, dass inländische Blätter nicht Anlass zu begründeten Beschwerden fremder Staaten geben, und alle leidenschaftlichen Äusserungen, ungünstiger Urteile über die Regierungen anderer Kantone oder deren Verordnungen strenge zu untersagen.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 33, 34, 155.

[3]) Eidg. Absch. 1847, IV, 92—94, 269. *Blumer-Morel,* I, 493. *H. Huber,* a. a. O., 17 ff.

gebung die erforderlichen Bestimmungen, welche weder in der Zensur noch andern Präventivmassnahmen bestehen dürfen.»

Es wurde zum Ausdruck «Präventivmassnahmen» bemerkt, er sei zu unbestimmt, Kautionen dürfen jedenfalls darunter nicht verstanden werden; es könnten ferner Kantone in den Fall kommen, eine Aufruhrschrift mit Beschlag zu belegen, was dem Begriffe der Pressfreiheit keineswegs widerspräche, nur seien solche Massregeln unzulässig, welche dem Wesen nach dem Institute der Zensur gleichkämen. Der Antrag, statt: «noch andern Präventivmassnahmen» zu sagen: «noch andern gleichartigen Massregeln» *(Zürich)* erhielt nur 11 St. Der ganze Nachsatz wurde aber später gestrichen.

Der Antrag *Zürichs*, die kantonalen Gesetze der Genehmigung des Bundes zu unterstellen, wurde zum Beschluss erhoben und dem Bund das Recht gegeben, über die gegen ihn gerichteten Pressmissbräuche Strafbestimmungen zu erlassen. Art. 45 erhielt schliesslich, nach Weglassung des oben wiedergegebenen Satzes, seine heutige Fassung.

Aus den *Revisionsverhandlungen von 1872—74* ist bloss hervorzuheben, dass der Antrag, die Strafbestimmungen gegen den Missbrauch der Presse durch die Bundesgesetzgebung aufstellen zu lassen, in der St. R. K. 1871 verworfen wurde[1]).

II. Auslegung[2]).

1. Begriff der Pressfreiheit. Die Pressfreiheit kann als die Freiheit der Meinungsäusserung durch die Presse bezeichnet werden; die Freiheit ist gesetzt im Gegensatz zur staatlichen Gewalt, sei es der Zivil- oder Strafgesetzgebung, sei es der Presspolizei. Der Pressfreiheit zuwider sind einerseits zu weitgehende Verbote der Meinungsäusserung[3]), andererseits gewisse Formen der präventiven und repressiven Kontrolle der rechtswidrigen Äusserungen. Die frühere Praxis der politischen Bundesbehörden von 1848 bis 1874 beschäftigt sich hauptsächlich mit dieser Seite der Frage, die neuere Praxis des Bundesgerichts mit beiden. Zunächst sei die Frage erörtert, welche Äusserungen kraft Art. 55 B. V. als erlaubt zu gelten haben.

a. Wie Art. 49 das Recht gewährleistet, religiöse Ansichten nicht nur auf dem Wege der Presse, sondern überhaupt mitzuteilen, so gewährleistet Art. 55 das Recht, auf dem Wege der Presse irgendwelche Lehrmeinung zu verbreiten. Darüber herrscht kein Streit, dass grundsätzlich jeder Lehrsatz, gehöre er dem Gebiete der Natur-, Geistes- oder Sozialwissenschaften an, sowohl behauptet und verteidigt wie angegriffen werden darf.

Und nicht nur abstrakte Lehrsätze der Wissenschaft, sondern auch die Grundsätze der Moral und des Rechts, auf denen die heutige Gesellschaftsordnung beruht, und bestehende staatliche Einrichtungen, d. h. in konkreter Bestimmtheit angewandte Rechtssätze, können dis-

---

[1]) Prot. der N.R.K. 1871, S. 145. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 164, 264, 344.

[2]) *Paccaud*, Du Régime de la Presse en Europe et aux Etats-Unis, Lausanne, Diss.. 1887. *Blumer-Morel*, I, 492 ff. *Kaiser*, Schweizerisches Staatsrecht, I, 209. *Schollenberger*, Kommentar. S. 408.

[3]) *Stooss*, Eine Bemerkung über Pressfreiheit, Zeitschr. für schweiz. Strafrecht 1889, II, 416, verneint dies.

kutiert und in Frage gestellt werden. Die Rechtswidrigkeit solcher Urteile fängt erst an, wo sie den theoretischen Boden verlassen und zur Betätigung gesetzeswidriger Theorien aufreizen. Dass diese Freiheit für das Geistesleben des Einzelnen und für die gesellschaftliche Ordnung nachteilig werden kann, ist unbestreitbar; denn nichts bürgt dafür, dass die Mehrzahl stets das Unrichtige vom Richtigen unterscheiden wird und dass sich nicht eine Minderheit Irregeleiteter finde, die selbst den Grundsatz der Unterordnung des Einzelnen unter die Rechtsordnung nicht mehr anerkennt. Die B. V. steht aber grundsätzlich auf dem Boden, dass die Grosszahl der Bürger genug Urteilsvermögen besitze, um nicht in Irrtümer zu verfallen, die mit der gesellschaftlichen Ordnung unvereinbar sind. Das B. Ger. entschied mit Recht durch Urteil vom 3. Juni 1874 i. S. Stucki, II, 195, dass die Rechtfertigung der Vielweiberei als solche nicht als eine sittenlose, die Schamhaftigkeit verletzende Schrift anzusehen sei; da sie keine Anweisung zur Ausübung strafbarer Handlungen enthalte und nicht in unzüchtiger Sprache geschrieben sei, sei sie des Schutzes des Art. 55 B. V. teilhaftig. Kritik religiöser Dogmen: B. Ger. vom 8. Juli 1882 i. S. Gebr. Triner, VIII, 412. Der wegen Pressvergehens Beklagte hatte nicht nur die in einer andern Zeitung dargelegte Meinung des Gegners bekämpft, sondern sie auch als «freche Ableugnung eines katholischen Dogmas» bezeichnet, worin allerdings auch eine Kritik der gegnerischen Person erblickt werden konnte, m. E. aber keine unzulässige. — Unrichtig ist die Entscheidung vom 31. Nov. 1885 i. S. Stadlin, XI, 422: der Verfasser eines Zeitungsartikels war wegen Verhöhnung und Beschimpfung der Einrichtung der Landsgemeinde bestraft worden; das B. Ger. erklärte, ein (allgemeines) Strafgesetz gegen Schmähungen der republikanischen oder demokratischen Staatsform, des Referendums und anderer organischen Einrichtungen des Staates wäre nicht verfassungswidrig. Ferner B. R. B. vom 28. Febr. 1866 i. S. Ryniker (B. Bl. 1866, II, 393; III, 383, 392).

Aus der Freiheit theoretischer Diskussion ergibt sich, dass die Kritik, auch der heiligsten Grundsätze der Moral und des Rechts, nicht verboten und bestraft werden darf, selbst wenn sie in roher und pietätloser Form geschieht; die Wahrheit kann nicht beleidigt werden und bedarf keines Schutzes gegen Beschimpfung. Man denke auch etwa an die Verhöhnung ehrwürdiger historischer Überlieferungen.

Eine Einschränkung ist indessen für die Diskussion religiöser Ansichten gemäss Art. 49 und 50 B. V. zu machen; die B. V. gewährt ihren Schutz nicht der Kritik, die sich einer das religiöse Gefühl der Gegner verletzenden Form bedient[1]). Ferner gilt für jede Äusserung über sittliche Dinge das Gebot des Anstandes: es darf über jedes Thema geschrieben werden, sofern es in ernster und sachlicher Weise geschieht; B. Ger., II, 195. Endlich können ohne Zweifel auch sachlich geschriebene Abhandlungen über sittlich widerliche Gegenstände einer beschränkten Publizität unterworfen werden, derart, dass sie sich nicht im Gebiete der Öffentlichkeit jedermann aufdrängen[2]).

---

[1]) Vgl. oben die bei Art. *49*, S. 486, zitierten Urteile.

[2]) Aus diesem Grund war das Verbot, eine Schrift über die Prostitution, betitelt: „Sont-elles libres?" durch öffentlichen Anschlag anzukündigen, nicht verfassungswidrig, gleichgültig ob der Anschlag auf öffentlichem oder privatem Grund und Boden stattfand. B. Ger. vom 1. April 1893 i. S. Minod, XIX, 23.

Zu unterscheiden von der Kritik einer öffentlichen Einrichtung als solcher ist die *Kritik der öffentlichen Verwaltung.* Das B. Ger. hat mit Recht erklärt, dass in einem republikanischen Staat das Recht, die öffentliche Verwaltung zu kritisieren und Missbräuche aufzudecken, vor allem durch die Pressfreiheit garantiert sei. Die Kritik der öffentlichen Verwaltung enthält aber stets auch eine wenigstens mittelbare Kritik der verantwortlichen Beamten; es fragt sich daher, wie weit die durch Art. 55 B. V. garantierte Freiheit des Tadelns geht. Es ist m. E. zu unterscheiden, je nachdem es sich um die Kritik der Amtshandlungen als solcher oder der Person des Beamten handelt, und je nachdem die Kritik sittliche, die Ehre verletzende Vorwürfe enthält, oder bloss den Vorwurf der Unfähigkeit.

a. Die Kritik objektiver Amtshandlungen bezüglich ihrer Zweck- und Rechtmässigkeit ist frei; liegt in der Kritik keine sittliche Anschuldigung an die verantwortlichen Beamten, so darf der Verfasser nicht zu zivilrechtlicher oder strafrechtlicher Verantwortung gezogen werden, auch wenn die Kritik tatsächlich unbegründet ist; wenn nur begründeter Tadel erlaubt wäre, würde die Kritik den ausserhalb der Verwaltung Stehenden unmöglich gemacht. Mehr als blosse Kritik, als Würdigung gegebener Tatsachen, ist die Behauptung neuer Tatsachen zu Lasten der öffentlichen Verwaltung; sie kann ein besonderes Vergehen ausmachen, z. B. Kreditschädigung oder Hochverrat.

Enthält die Kritik zugleich einen moralischen Vorwurf für die verantwortlichen Beamten, so darf sie nicht der gleich vollständigen Freiheit geniessen, wenn nicht die Beamten der Verleumdung und Beschimpfung preisgegeben sein sollen, was ebensowenig im Interesse des Staates ist als die Unterdrückung der Kritik. Das Recht der Kritik ist in diesem Falle nicht verletzt, wenn nur derjenige verantwortlich gemacht wird, der *schuldhafter Weise* unbegründete Anschuldigungen erhob, im Gegensatz zu einer bloss objektiv unrichtigen Kritik; denn von demjenigen, der die Ehre eines andern anzugreifen unternimmt, darf nicht nur verlangt werden, dass er in guten Treuen handle, sondern auch, dass er die erforderliche Vorsicht anwende. Jedenfalls darf ihm aber der Beweis der Wahrheit seiner tatsächlichen Behauptungen nicht abgeschnitten werden. Ein typischer Fall zulässiger, wenn auch objektiv unrichtiger Kritik amtlicher Handlungen ist der vom B. Ger. am 22. Okt. 1880 i. S. Bertrand, VI, 512, entschiedene; der Zeitungsartikel des Rekurrenten verlangte vom Staatsrat Aufklärung über einen Anleihensentwurf, wenn er sich nicht dem Vorwurf der Veruntreuung aussetzen wolle; das B. Ger. konstatierte, dass die amtlichen Aktenstücke diesen Anschein erwecken konnten, und dass Rekurrent daher nicht bestraft werden könne. Im Falle Fragnière, B. Ger. vom 27. Okt. 1888, XIV, 512, handelte es sich im wesentlichen um den anlässlich einer Verhaftung gegen die Polizeiverwaltung erhobenen Vorwurf der Gesetzwidrigkeit und Roheit; das B. Ger. erklärte, die Behauptung sei nicht beleidigend und überschreite die Grenzen erlaubter Kritik nicht. — B. Ger. vom 2. März 1898 i. S. Wildi, XXIV, 50: Vorwurf gesetzwidriger, aber nicht strafbarer Wahlbeeinflussung eines Gemeinderats durch den Direktor des Departements des Innern; das B. Ger. bezeichnete die Beurteilung zwar als nicht unparteiisch, aber auch nicht als injuriös. Endlich wurde der gegen einen Ge-

meinderat erhobene Vorwurf, in einem Amtsbericht die Wahrheit entstellt zu haben, im b. ger. Urteil vom 8. April 1903 i. S. Roth-Quinn, XXVIII, 156, weil die Ehre des Gemeinderates verletzend, als unzulässig erklärt. Die Richtigkeit jener Anschuldigung war vor dem B. Ger. in allen diesen Fällen nicht streitig.

b. Wird nicht eine Amtshandlung, sondern die Person des Beamten kritisiert, so fragt es sich, ob der Vorwurf dem Beamten gilt oder von seiner Beamteneigenschaft unabhängig ist; nur der erste Fall ist hier zn betrachten. Es kann dem Bürger das Recht nicht bestritten werden, nicht nur die technische, sondern auch die sittliche Befähigung des Beamten, seine Zuverlässigkeit, zu beurteilen, denn jedes Amt ist eine Vertrauensstelle. Dagegen darf der Verfasser für jede, auch unverschuldete, unrichtige ehrverletzende Anschuldigung zivilrechtlich oder strafrechtlich verantwortlich gemacht werden [1]. Das Interesse der öffentlichen Kritik bewirkt hier nur, wie mir scheint, dass der Beweis der Wahrheit gestattet werde. Dasselbe wäre von der Besprechung einer Kandidatur auf ein öffentliches Amt zu sagen, denn wer sich als Kandidat aufstellt oder aufstellen lässt, muss sich schon als das beurteilen lassen, dessen er fähig zu sein behauptet. Der Beamte selber hat m. E. das Recht der freien Kritik gegenüber Massnahmen der Verwaltung gleich wie ein Privater, nur setzt er sich bei ungerechtfertigter Kritik nicht nur zivil- und strafrechtlicher Verfolgung, sondern auch disziplinarischer Ahndung aus; und ferner kann von einem Beamten verlangt werden, dass er seine Untergebenen nicht öffentlich kritisiere, da ihm gegen sie andere Mittel zur Verfügung stehen, und dass er die Beschwerden gegen seine Vorgesetzten an diese selbst oder an die gemeinsame Oberbehörde richte, bevor er sie der Presse anvertraue. Wann die öffentliche Kritik angezeigt und in welcher Form sie auszuüben ist, muss dem Beamten sein Taktgefühl lehren [2].

Privatpersonen sind der Öffentlickeit keine Rechenschaft über ihr Tun und Lassen schuldig; es ist nicht anzunehmen, dass durch Art. 55 das Recht, Privatpersonen öffentlich zu beurteilen, habe gewährleistet werden wollen, auch wenn ihr Verhalten tatsächlich eine grosse Anzahl anderer Personen interessiert [3]. Daher ist es mit der Pressfreiheit wohl vereinbar, dass nicht nur die schuldhafte Behauptung unwahrer ehrverletzender Tatsachen geahndet werde, sondern auch die schuldlose Behauptung wahrer ehrverletzender oder auch die Veröffentlichung

---

[1] Ein Zeitungsartikel hielt einem Beamten vor, die Kunst, den herrschenden Wind auszunützen, wohl zu verstehen und es sich in der ergatterten fetten Staatspfründe wohl sein zu lassen. Das B. Ger. erklärte mit Urteil vom 12. April 1889 i. S. Jäger, XV, 52, der betr. Artikel gehe über eine „sachliche" Kritik öffentlicher Zustände weit hinaus. — B. Ger. vom 18. Mai 1889, „Luzerner Tagblatt", XV, 75, wo festgestellt wurde, der unbegründete Vorwurf, eine Aufsichtsbehörde habe sich durch Geschenke beeinflussen lassen, gehe über die „sachliche" Kritik hinaus.

[2] Vgl. den B.R.B. vom 15. Dez. 1898, B. Bl. 1904, III, 829.

[3] Dahin gehört z. B. das Verhalten der Arbeitgeber und Arbeiter bei Streiken; B. Ger. vom 29. Nov. 1900 i. S. Jäger, XXVI, 428; nicht ganz zutreffend ist es, wenn es dort heisst, die allgemeine Kritik des Verhaltens der Arbeiterführer beim Streik sei erlaubt, weil darin lediglich ein öffentliches Urteil über eine Angelegenheit abgegeben werde, welche die Allgemeinheit in verschiedenen Richtungen in hohem Masse interessiere. Streitig war aber in jenem Falle nur, ob eine Beleidigung vorliege.

anderer nachteiliger Tatsachen, wenn der kantonale oder Bundesgesetzgeber so weit gehen will im Schutz der Persönlichkeit[1]).

Eine Mittelstellung nehmen endlich diejenigen Privatpersonen ein, welche in der Öffentlichkeit auftreten oder an das Urteil des Publikums appellieren. Sie können sich nicht beklagen, wenn ihr Verhalten öffentlich erörtert wird. Auch die absprechende Beurteilung, sofern nicht ehrverletzend, ist erlaubt; liegt aber eine ehrverletzende Behauptung vor, so kann der Verfasser wegen unwahrer Behauptung auch bestraft, wegen objektiv unrichtiger wenigstens zu Schadenersatz verurteilt werden, denn nichts zwang ihn, sich zu äussern. Dagegen darf er wohl verlangen, dass er zum Beweise der seine Kritik begründenden Tatsachen zugelassen werde, wenn seine Kritik einen bestimmten Vorwurf enthält.

In der Frage, was der öffentlichen Beurteilung unterliegt, ist nicht sowohl massgebend die Tatsache der Öffentlichkeit, als der offenbare Wille des Handelnden, seine Handlung dem Urteil des Publikums zu unterstellen; wer sein Gewerbe nicht anders als in der Öffentlichkeit betreiben kann, ist damit nicht der öffentlichen Beurteilung unterworfen. Und wer an der Öffentlichkeit handelt, ist nur in bezug auf diese öffentliche Handlung, nicht in bezug auf seine ganze Persönlichkeit, der öffentlichen Beurteilung kraft Art. 55 ausgesetzt[2]).

Die Weiterverbreitung unerlaubter Äusserungen der Presse in einer zweiten Druckschrift ist ebensowenig durch die Pressfreiheit geschützt wie die erste Veröffentlichung, auch wenn die Quelle angegeben wird; B. G. vom 22. Juli 1877 i. S. Stutzer, III, 211. Das Gleiche muss gelten für die Wiedergabe der Diskussion einer öffentlichen Versammlung; was in der Versammlung unerlaubterweise gesagt wurde, z. B. injuriöse Reden, darf auch nicht durch die Presse weiter verbreitet werden unter Berufung auf Art. 55 B. V. Ob die Weiterverbreitung auch strafbar sei, worüber nicht Art. 55 B. V. entscheidet, wird davon abhängen, ob die Weiterverbreitung in injuriöser Absicht geschah; B. Ger. vom 17. April 1895 i. S. Bircher, XXI, 364.

In der Frage, ob die Besprechung öffentlicher oder privater Angegelegenheiten den Schutz der Pressfreiheit geniesst, wird es oft darauf ankommen, ob die Äusserung eine Ehrverletzung enthält. Das B. Ger. hat mehrfach darüber geschwankt, ob es diese Frage selbständig zu prüfen habe. Die ältere Praxis entschied, das B. Ger. sei nicht befugt, zu untersuchen, ob die kantonalen Gerichte mit Rücksicht auf ein bestimmtes Presserzeugnis den Tatbestand des Deliktes der Ehrverletzung in sub-

---

[1]) Vgl. § 151 des Zürcher St. G. B., wo das Vorbringen einer *wahren* Tatsache als Beleidigung bestraft wird, wenn aus der Art der Erzählung oder ihrer Verbreitung hervorgeht, dass dieselbe keinen andern Zweck hatte, als dem Angegriffenen Schaden zuzufügen oder ihn dem Spotte oder der Verachtung auszusetzen. *Stooss*, Grundzüge, II, 294.

[2]) Die Reklame des Handeltreibenden darf auch öffentlich kritisiert werden; nicht aber, unter Berufung auf die Pressfreiheit, die Anstellungsverhältnisse seiner Angestellten, noch seine Privatangelegenheiten. Wer eine öffentliche Rede hält, setzt sich in bezug auf Inhalt und Form der Rede der öffentlichen Kritik aus, nicht aber in bezug auf seine Person im allgemeinen. Daher urteilte das B. Ger. richtig, indem es, allerdings mit unzutreffender Begründung, statthaft erklärte, die spöttische Beschreibung der Erscheinung einer vor Gericht klagenden Frauensperson durch das kant. Ger. als Beschimpfung zu bestrafen: 7. März 1895 i. S. Keller, XXI, 13; während umgekehrt die Persiflage des öffentlichen Auftretens eines Politikers ohne ehrenrührige Behauptung mit Recht unter den Schutz der Pressfreiheit gestellt wurde: B. Ger. vom 27. Sept. 1900 i. S. Zai-Kappeler g. Jäger, XXVI, 292.

jektiver und objektiver Beziehung mit Recht oder Unrecht angenommen haben; das B. Ger. habe nur zu prüfen, ob eine offenbar berechtigte, kein Rechtsgut verletzende Meinungsäusserung als unerlaubte reprobiert worden sei; B. Ger. vom 8. Juli 1882 i. S. Gebr. Triner, VIII, 412; XIV, 512; vom 12. April 1889 i. S. Jäger, XV, 52, 75; XXI, 364[1]). Später aber überzeugte sich das B. Ger., dass diese Umschreibung seiner Kompetenz zu eng sei, dass nicht auf das kantonale Recht, namentlich den kantonalrechtlichen Begriff der Ehrverletzung abgestellt werden könne, sofern nur keine offenbar berechtigte Meinungsäusserung mit Strafe belegt werde, sondern dass Art. 55 B. V. ein bestimmtes «positives Individualrecht»[2]) gewährleiste, an welchem das B. Ger. stets die Verfassungsmässigkeit kantonaler Urteile von sich aus zu prüfen habe; das B. Ger. musste daher auch die Schranke dieses Rechts, die Ehrverletzung, als bundesrechtlichen Begriff formulieren, und zwar wurde als Ehrverletzung bezeichnet, wie mir scheint, mit Recht: die Behandlung eines Menschen nach Mass nicht vorhandener Unehre, die Bezeugung einer Missachtung, die nach dem Verhalten des Betreffenden nicht gerechtfertigt ist, die Herabwürdigung des sittlichen Wertes einer Persönlichkeit; B. Ger. vom 31. Januar 1900 i. S. Schneider, XXVI, 41; vom 27. Sept. 1900 i. S. Zai-Kappeler, XXVI, 292.

Schon nach 3 Jahren kam das B. Ger. auf seine alte Praxis zurück in einem etwas konfusen Urteil, weil sich das B. Ger. sonst faktisch die Funktion einer Appellationsinstanz vindizieren würde, welche ihm nach Verfassung und Organisationsgesetz nicht zukomme; B. Ger. vom 1. April 1903 i. S. Roth-Quinn, XXIX, 156. Weder die eine noch die andere Ansicht ist vollständig richtig. Art. 55 garantiert allerdings ein «positives» Individualrecht, ein Minimum von Freiheit, das durch das kantonale Recht nicht geschmälert werden darf[3]); die kantonalen Definitionen der Ehrverletzung können daher unmöglich schlechthin massgebend sein für das B. Ger., wenn nicht der Inhalt der Pressfreiheit ein ganz relativer, nach dem Ermessen kantonaler Strafgesetzgeber komprimierbarer werden soll. Das B. Ger. hat nun allerdings zu prüfen, ob durch das kantonale Gesetz, wie es im angefochtenen Urteil ausgelegt ist, jenes von der B. V. gewollte Minimum der Freiheit gewahrt ist, und dafür wird oft entscheidend sein, ob eine Ehrverletzung vorliegt, weshalb der Begriff der Ehrverletzung, *als Grenze der Pressfreiheit*, auch bundesrechtlich zu bestimmen ist. Ist aber die Grenze der verfassungsmässigen Pressfreiheit nicht überschritten[4]), so hat das B. Ger. nicht weiter zu untersuchen, ob das kantonale Recht richtig ausgelegt ist, wovon namentlich die Strafbarkeit der Handlung abhängt. Ähnlich verhält es sich mit der Feststellung des Tatbestandes: kommt eine Tatfrage in Betracht für die Entscheidung der verfassungsrechtlichen Frage, ob die Pressfreiheit verletzt worden sei oder nicht, so hat das B. Ger. auch die Tatfrage zu prüfen (Art. 186 O. G.); ist aber nur die richtige Anwendung kantonalen

---

[1]) *Blumer-Morel*, I, 509. *Stooss*, Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, II, 415.

[2]) Offenbar unter Berücksichtigung der Schrift von *H. Huber*, S. 59; wieso der bisherige Begriff ein negativer war, lässt sich nicht einsehen; der Gegensatz ist vielmehr: relativ und absolut.

[3]) *Paccaud*, a. a. O., 179, 193 ff.

[4]) Das B. Ger. entschied, dass die Ehrenerklärung des luzernischen Rechts keine Strafe sei, daher auch demjenigen zur Pflicht gemacht werden könne, der keinen Missbrauch der Presse begangen: 26. Sept. 1890 i. S. Keller, XVI, 478.

Rechtes streitig, so bleibt die tatsächliche Würdigung der kantonalen Instanz massgebend[1]).

In dem Gesagten ist schon enthalten, dass es für das B. Ger. nicht genügt, zu konstatieren, dass Pressvergehen, wie das in Frage stehende, nach allgemeinem Strafgesetz bestraft werden, dass für sie keine andern Strafbestimmungen gelten als für gleichartige auf andere Weise begangene Delikte[2]). Eben so unrichtig ist es, die Pressfreiheit auf den relativen Masstab derjenigen Freiheit zu reduzieren, welche die Rede oder die Schrift geniesst[3]). Diese Auffassung der Pressfreiheit als eines bloss relativen Rechtes führte zu Entscheidungen, die mit der Pressfreiheit in direktem Widerspruch stehen, wie die Entscheidung des B. R. vom 28. Febr. 1866 i. S. Ryniker (B. Bl. 1866, II, 393; III, 383, 392), wo der Verfasser einer Schrift gegen die Kirche, ihre Diener und ihr Dogma und zu gunsten einer Naturreligion und -moral zu den verschiedensten Strafen, u. a. Prügelstrafe verurteilt worden war, bei der Bundesbehörde aber keinen Schutz fand, weil die Strafen nicht speziell auf Pressdelikte gemünzt waren; ferner die Entscheidung des B. Ger. i. S. Stadlin, XI, 422.

Bekanntmachungen, die gewerbliche Zwecke verfolgen, stehen unter den Regeln der Gewerbepolizei und können den Schutz der Pressfreiheit nicht für sich beanspruchen[4]). Die Anzeige einer Druckschrift kann sowohl als Mittel zur Verbreitung der Meinungsäusserung wie der Ware, was die Druckschrift beides ist, betrachtet werden. Unverkennbar kann die Verbreitung einer Druckschrift erheblich eingeschränkt, beinahe verunmöglicht werden, wenn es nicht erlaubt ist, sie öffentlich zu empfehlen. Die Anzeige, wie jedes andere Mittel, den Verkauf der Druckschrift zu fördern, muss sich m. E. den allgemeinen gewerbepolizeilichen Vorschriften anbequemen, sofern sie nicht übertrieben streng sind und für Presserzeugnisse keine besondern Beschränkungen aufstellen mit Rücksicht auf ihren Inhalt.

Das Verbot von Anzeigen aus diesem letzteren Grund ist nur zulässig, wenn die Verbreitung der Schrift selber verboten oder eingeschränkt werden kann[5]). Wird eine Druckschrift unentgeltlich verbreitet, so unterliegt ihre Bekanntmachung und Verbreitung keiner gewerbepolizeilichen, sondern nur allgemein polizeilichen und presspolizeilichen Beschränkungen.

---

[1]) Die Tatsachen wurden nach diesem Grundsatz gewürdigt: B. Ger. vom 2. März 1898 i. S. Wildi, XXIV, 53; unklar XXVI, 432, XXI, 13; nicht aber XV, 75.

[2]) B. Ger. XXI, 364; XV, 52; XXVI, 430, wo zuerst die Pressfreiheit als ein staatsrechtliches Individualrecht bestimmten Inhalts hingestellt ist, darauf aber bemerkt wird, bei der Ausübung dieses Rechts dürfen nicht die Schranken missachtet werden, welche durch die staatliche Privat- und Strafrechtsordnung der Redefreiheit gesetzt sind. Ist nun schliesslich das (kantonale) Privat- und Strafrecht für die Pressfreiheit massgebend oder umgekehrt?

[3]) *Ullmer*, 189. B. Ger. VIII, 176; XI, 422; XXIV, 50; XXVI, 430; XV, 60, wo bemerkt ist, es dürfen auf Presserzeugnisse auch keine ungünstigeren Grundsätze angewendet werden; möglicherweise, aber nicht notwendig, liegt darin eine Verletzung der Rechtsgleichheit; eine Verletzung des Art. 55 B. V. liegt in dieser Schlechterstellung an und für sich nicht.

[4]) B. Ger. vom 2. Febr. 1884 i. S. Effektenbörsenverein Zürich, X, 26; die Herausgabe eines Kursblattes war, wie der Börsenverkehr in Wertpapieren überhaupt, einer staatlich beaufsichtigten Börsenvereinigung vorbehalten.

[5]) Es kommt namentlich die Wahrung des öffentlichen Anstandes in Betracht. Vgl. oben S. 558, B. Ger. XIX, 23.

Öffentliche Einladungen zu Versammlungen stehen, als Mittel zur Abhaltung öffentlicher Versammlungen, unter dem Schutze des Versammlungsrechts, nicht der Pressfreiheit; B. Ger. XV, 689; XIII, 19; XVII, 354.

Dass alle diejenigen Äusserungen der Presse, die sich als Anreizungen oder Anstiftungen zur Begehung von rechtswidrigen Handlungen charakterisieren, nicht verfassungsrechtlich geschützt sind, ist an sich selbstverständlich [1]. Es kann aber schwierig sein, die Grenze zwischen theoretischer Erörterung einer Einrichtung oder Vorschrift und Aufreizung zur Widerhandlung gegen dieselbe zu finden; die Frage ist vom Standpunkt der Leser aus zu beurteilen [2].

Die Frage, wie die *Presse* zu definieren sei, ist noch nicht streitig geworden; bei den zahlreichen Mitteln, die Schrift zu vervielfältigen, ist sie aber nicht ohne Schwierigkeit. Die technische Eigentümlichkeit der Druckerpresse ist nicht sowohl entscheidend als die Billigkeit und Schnelligkeit der Vervielfältigung. Fraglicher ist, ob nur der in Worte sich kleidende oder auch der in Bildern sich ausdrückende Gedanke durch die Pressfreiheit geschützt ist; m. E. umfasst die Pressfreiheit beides.

Es braucht kaum hervorgehoben zu werden, dass die Pressfreiheit zu gunsten desjenigen aufgestellt ist, der sich der Druckerpresse bedienen will, und dass die Absätze 2 und 3 von Art. 55, welche Bestimmungen gegen den Missbrauch der Presse vorsehen, lediglich eine Schranke jener Freiheit und nicht die Gewährleistung eines Individualrechtes auf Schutz gegen Missbräuche der Presse bedeuten. Daher die B. V. nicht verletzt ist, wenn die Kantonsgesetzgebung gegen Pressmissbräuche keinen genügenden Schutz gewährt und wenn sie die Verfolgung der Pressvergehen erschwert [3]. Abs. 2 statuiert keine Pflicht, sondern nur ein Recht der Kantone [4].

b. Präventive Massregeln. Die Pressfreiheit wurde seit 1833 durch die liberalen Verfassungen der Kantone und 1848 durch die B. V. namentlich im Gegensatz zur *Zensur* proklamiert. Die Zensur ist die Einrichtung, kraft welcher die Polizeibehörde die Veröffentlichung einer Schrift durch den Druck bewilligt, und die Bewilligung mit Rücksicht auf den Inhalt verweigern kann, ohne dass die Veröffentlichung eine strafbare Handlung darstellte. Wird durch diese oder eine ähnliche Einrichtung die Veröffentlichung von Schriften verhindert, die ihrem

---

[1] Dahin gehört der Fall B. Ger. vom 20. Sept. 1900 i. S. Fédération des sociétés ouvrières du canton de Genève, XXVI, 327, wo ein Aufruf zu gesetzwidriger Arbeitseinstellung als Polizeivergehen bestraft worden war; fraglicher war die Zulässigkeit eines solchen Verbotes der Arbeitseinstellung.

[2] Gleich wie die Frage, ob eine Ehrverletzung vorliege, wie das B. Ger. mehrmals betont.

[3] Ein Bericht des eidg. Justizdepartements über das Berner Pressgesetz von 1852 verlangte, dass die zur Genehmigung vorgelegten Kantonsgesetze genügende Massregeln gegen den Missbrauch der Presse enthalten, was *Kaiser*, a. a. O., S. 216, und *Paccaud*, a. a. O., 180, mit Recht kritisieren. B. Ger. vom 15. April 1882 i. S. Schmidlin, VIII, 176, wo ein fallliter Kläger im Pressprozess verpflichtet wurde, Rechtsversicherung zu leisten. Daher ist es auch unrichtig, von der bundesrechtlichen Garantie eines *positiven* Gerichtsstandes in Pressprozessen zu sprechen, wie das B. Ger. XXVII, 469—460 zu sagen scheint. — Richtig: *Ullmer*, I, S. 172.

[4] Bericht der N. R. K. vom 14.—17. Dez. 1866 über den B. R. B. i. S. Ryniker, B. Bl. 1866, III, 383.

Inhalte nach erlaubt sind, so ist die Verhinderung schon nach dem unter *a* Gesagten verfassungswidrig. Verfassungswidrig ist aber auch das Verfahren der Zensur, welches alle Druckschriften einer vorherigen Revision unterwirft, ohne dass im einzelnen Fall der Verdacht eines Pressvergehens begründet wäre. Art. 55 B. V. verbietet nicht, dass ein Presserzeugnis am Erscheinen verhindert werde, wenn die zuständigen Organe der Zivil- oder Strafgerichtspflege, z. B. die Gerichtspolizei, Grund haben, anzunehmen, dass mit der Publikation ein Vergehen oder ein zivilrechtliches Unrecht begangen würde; die Beschlagnahme darf aber nur für bestimmte Presserzeugnisse erfolgen und unter der Verantwortlichkeit der verfügenden Behörde. Die Beschlagnahme kann daher nur den Charakter einer provisorischen Verfügung haben und so lange bestehen bleiben, bis das Gericht über die Rechtswidrigkeit der Veröffentlichung geurteilt hat oder das Strafverfahren eingestellt ist[1]).

Wie die vorläufige Beschlagnahme, so darf auch das endgültige *Verbot* nur eine bestimmte Druckschrift treffen; das Verbot einer Zeitschrift für die Zukunft, weil einzelne Nummern derselben rechtswidrig waren, rechtfertigt sich nicht[2]), und zwar auch nicht als Strafe für begangene Pressdelikte[3]).

Wird die vorherige oder gleichzeitige *Hinterlegung eines Exemplars der Druckschrift* zum Zweck der Kontrolle durch die Organe der Strafrechtspflege verlangt, sofern die Bewilligung der Behörde zur Verbreitung nicht abgewartet werden muss, so liegt darin vielleicht eine lästige, aber keine verfassungswidrige Kontrollmassregel[4]); auch die Abgabe einer beschränkten Zahl von *Pflichtexemplaren* wäre m. E. keine Verletzung der Pressfreiheit. Die Belastung ist lediglich eine finanzielle, und sie ist nur dann erheblich, wenn die Auflage der Druckschrift eine kleine ist; es wird damit also nicht sowohl die Veröffentlichung der Druckschrift überhaupt erschwert, als die Veröffentlichung in gewisser Form[5]). Damit ist aber nicht gesagt, dass die Abgabe von Pflichtexemplaren auch in jeder anderen Beziehung zulässig wäre.

Für den Verlag von Zeitschriften und speziell Zeitungsunternehmungen kann es sich noch fragen, ob die *vorherige Bewilligung* des Unternehmens zulässig sei, wie sie in Frankreich zeitweilig bestand; sie ist jedenfalls dann unzulässig, wenn die Bewilligung vom Inhalt der Publikation abhängt, er wäre denn zugestandenermassen rechtswidrig.

Mässige Kautionen wurden in den Kommissionalberatungen der gesetzgebenden Räte und durch die ältere Praxis als zulässig erklärt, namentlich weil sie verhindern, dass die beschränkte Verantwortlichkeit für Pressvergehen ganz illusorisch werde. Die Verhandlungen von 1872—1874 haben sich darüber nicht ausgesprochen. Die kantonalen Gesetze schreiben sie nicht mehr vor, so wenig wie die vorherige Bewilligung des Unternehmens[6]).

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 179, 180, 181, 194, 537 (S. 640); dass das gerichtliche Urteil unmittelbar, in besonders kurzer Frist auf die Beschlagnahme zu folgen habe, ist m. E. nicht zu verlangen, sofern nur der Prozessgang nicht übermässig schleppend ist.

[2]) *Ullmer*, I, Nr. 180, Verbot der „Freien Stimmen" in Uri, Nr. 181, 190, S. 185.

[3]) *Ullmer*, I, Nr. 181, 187: Unterdrückung bei Pressvergehen im Rückfall, 190; B. Bl. 1853, III, 366. *Kaiser*, 220.

[4]) *Ullmer*, I, Nr. 179, S. 165.

[5]) *Paccaud*, 177; a. A. *Kaiser*, Schweizerisches Staatsrecht, I, 214.

[6]) *Ullmer*, I, Nr. 190, 191, 193, S. 165; II, Nr. 713. *Paccaud*, 176, erklärt die Kautionspflicht wohl mit Recht als nicht mehr zulässig. *Blumer-Morel*, I. 503; *Kaiser*, 220.

Dagegen ist die Vorschrift unbestrittenermassen statthaft, dass auf jeder Druckschrift Name und Wohnort des Druckers, bei periodischen Zeitschriften auch des Verlegers und Herausgebers angegeben werde. Die Publikation von Einsendungen in Zeitungen und Zeitschriften ohne Angabe des Verfassers ist allgemein üblich und dürfte m. E. ohne Verletzung der Pressfreiheit nicht verboten werden; ob auch die anonyme oder pseudonyme Veröffentlichung selbständiger Schriften zum Inhalt der Pressfreiheit gehört, scheint mir fraglich, sie ist aber m. W. nirgends verboten.

Das *Druckereigewerbe*, der *Buchhandel* und der *Beruf eines Verlegers* und Herausgebers von Zeitschriften unterstehen selbstverständlich den *gewerbepolizeilichen Vorschriften*, welche für den technischen wie für den kommerziellen Betrieb ohne Rücksicht auf den Inhalt der Presserzeugnisse aufgestellt sind; fraglich kann dagegen sein, ob die Ausübung des Berufes oder Gewerbes wegen Missachtung dieser Vorschriften oder wegen Missbrauchs der Pressfreiheit durch Verbreitung von Schriften unerlaubten Inhalts verboten werden kann. In bezug auf den ersten Grund ist die Frage zu bejahen, vorbehältlich willkürlicher oder übermässiger Strafen; in bezug auf den zweiten ist zu unterscheiden, ob sich das Gewerbe auf Herstellung des Inhalts der Schrift oder auf Herstellung und Verbreitung des Presserzeugnisses bezieht; Drucker, Buchhändler, Verleger finden sich stets, aber nicht Schriftsteller und Redaktoren von Zeitschriften; den ersten kann daher die Ausübung des Berufes als Strafe untersagt werden, den zweiten nicht.

Das *Hausieren mit Druckschriften* wie mit anderen Waren kann patentpflichtig erklärt werden, B. Ger. vom 22. Juli 1887 i. S. König, XIII, 261 (Hausierpatent für das humoristische «Māss- und Māritblatt»), und die Anwendung der allgemeinen Hausierordnung auf Hausierer mit solcher Ware wird nicht ohne triftigen Grund verfassungswidrig zu erklären sein; die Kolportage ist nicht die einzige Art, eine Druckschrift zu verbreiten. Grundsätzlich ist aber auch hier daran festzuhalten, dass nicht jede Beschränkung des Hausierverkehrs bei Presserzeugnissen schon deshalb zulässig ist, weil sie auch für andere Waren zu Recht besteht, denn die Verbreitung von Presserzeugnissen steht unter besonderem bundesrechtlichem Schutz. So darf hier gewiss verlangt werden, dass die Patentgebühren nicht übermässig hoch seien; B. Ger. XIII, 261 (Fr. 2. 40 per Monat wurde nicht zu hoch erklärt). Die vorherige Prüfung der kolportierten Schriften rechtfertigt sich m. E. in der Regel, weil gerade diese Form des Verkaufes sich der späteren Kontrolle durch die Polizei entzieht[1]. Weil die Pressfreiheit unter besonderem bundesrechtlichem Schutze steht, ist die kantonale Steuerhoheit auf diesem Gebiete auch nicht in gleicher Unbeschränktheit anzuerkennen wie bei anderer Gewerbstätigkeit. Auch eine Abgabe, die alle Äusserungen der Presse in gleicher Weise trifft, kann doch der öffentlichen Diskussion eine ungebührliche Zurückhaltung auferlegen, wenn sie zu hoch ist.

---

[1]) B. Ger. vom 12. Juli 1889 i. S. Arnold, XV, 540. Die Art und Weise des Feilbietens, nämlich durch Kolportage, konnte hier eine besondere Kontrolle nicht rechtfertigen, weil sie eben so öffentlich geschah, wie der Verkauf in Läden; der spezielle Anlass der Publikation, die Fastnacht, mochte aber hier für alle „Fastnachtszeitungen“ und jede Art des Verbreitens eine Ausnahme vom Verbote einer allgemeinen präventiven polizeilichen Bewilligung rechtfertigen.

Mit Recht wurde daher entschieden, der *Zeitungsstempel* sei an sich nicht unzulässig, wenn er nicht zu drückend werde[1]); das Gleiche wäre über die Besteuerung der auf die Herstellung und Verbreitung von Druckschriften gehenden Gewerbe und Berufe zu sagen. Es käme dabei aber wesentlich in Betracht, ob das Pressgewerbe stärker belastet ist als andere bei gleicher Rentabilität.

Es ist nicht ohne weiteres gesagt, dass die dargelegten liberalen Grundsätze auch auf Druckschriften Anwendung finden müssen, die von auswärts in den Kanton gesandt werden. In diesem Falle besteht nämlich die Schwierigkeit, dass die Herstellung und Verbreitung solcher Schriften am Druckorte möglicherweise straflos ist und dass ihrer Verbreitung am Bestimmungsort, wo sie strafbar sind, tatsächlich weder präventiv noch repressiv wirksam entgegengetreten werden kann. Zwischen den Strafbestimmungen der einzelnen Kantone bestehen indessen keine so erheblichen Unterschiede, als dass sich eine so empfindliche Einschränkung der Pressfreiheit, wie es das Verbot ausserkantonaler Zeitschriften und Zeitungen wegen einzelner Pressvergehen wäre, rechtfertigte. Die Abhülfe ist vielmehr da zu suchen, wo die Hauptursache des Übelstandes liegt, auf dem Gebiete interkantonaler Strafrechtshülfe. Anders verhält es sich aber bei ausländischen Druckschriften: sowohl das materielle Pressstrafrecht wie namentlich die Handhabung desselben kann im Ausland viel laxer sein. Die Schweiz hat gegenüber ausländischen Druckern und Herausgebern kein wirksames Mittel, repressiv einzuschreiten; es rechtfertigen sich daher strengere präventive Mittel; m. E. wäre es nicht verfassungswidrig, eine auswärtige Zeitschrift oder Zeitung, deren Inhalt erfahrungsgemäss gegen staatliche Verbote verstösst, zu verbieten oder ihre einzelnen Nummern einer vorherigen Prüfung zu unterwerfen.

c. Repressive Massregeln. Betr. das *Verbot* von Zeitschriften vgl. oben unter lit. *b*. Die meisten Pressgesetze stellen über die *Verantwortlichkeit* für Pressdelikte besondere, vom gemeinen Strafrecht abweichende Grundsätze auf. Hier ist nicht zu untersuchen, welche der verschiedenen Lösungen die glücklichste ist, sondern nur, ob sie verfassungsmässig sind. Die Abweichungen vom gemeinen Recht bestehen darin, dass nicht alle an einem Pressdelikte als Mitschuldige Beteiligte verantwortlich gemacht werden; möglicherweise dagegen solche, die keine Schuld daran trifft. Sofern in dieser Regelung eine Begünstigung einzelner Beteiligter liegt, ist die Pressfreiheit jedenfalls nicht verletzt; näher geht es ihr aber, wenn andere Beteiligte unter besonderer Schuldpräsumption stehen. Da aber die B. V. weniger den Einzelnen gegen willkürliche oder unverdiente Strafe, als vielmehr die freie Meinungsäusserung als solche schützen will, so ist jedes Verantwortlichkeitssystem als Ganzes ins Auge zu fassen und darauf zu prüfen, ob es, präventiv oder repressiv wirkend, die freie Meinungsäusserung durch die Presse erheblich einschränke. Da es z. Z. noch Sache der Kantone ist, den Missbräuchen der Presse durch geeignete Strafbestimmungen zu begegnen, muss ihnen auch die Wahl zwischen den verschiedenen Lösungen gelassen werden.

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 191; II, Nr. 837 B. Bl. 1875, II, 604 (Fall Hartmann Utzinger); es wurde auch mit Recht erklärt, auswärtige Zeitungen dürfen nicht stempelpflichtig erklärt werden; gegenüber dem Ausland wird wenigstens Reziprozität zu verlangen sein.

Die kantonalen Rechte wenden entweder auf Pressdelikte die Regeln des gemeinen Rechts oder diejenigen der stufenweisen und ausschliessenden Verantwortlichkeit nach belgischem Muster in verschiedenen Ausgestaltungen an [1]). Dieses System, welchem auch das Bundesstrafgesetz vom 4. Febr. 1853 folgt, ist von jeher als verfassungsmässig betrachtet worden. B. Ger. vom 15. Febr. 1889 i. S. Redaktion des «Vaterland», XV, 45; XIV, 169. *Ullmer*, I, Nr. 189, 190. Der Herausgeber oder Redaktor hat daher kein Recht darauf, den Verfasser des Zeitungsartikels zu nennen und sich dadurch der Verantwortlichkeit zu entledigen. Viel eher könnte die Verfassungsmässigkeit des gemeinen Rechts in Frage gestellt werden, da infolge der notwendigen Mitwirkung mehrerer Personen bei der Herstellung und Verbreitung von Druckschriften die Strafverfolgung sich auf einen sehr grossen Kreis von Personen erstrecken kann, deren Verschulden z. T. äusserst gering ist. Trotzdem wurde auch diese Regelung mit Recht als zulässig erklärt. B. Ger. XV, 52, 60, 540; anders *Ullmer*, I, Nr. 182. Daher kann der Redaktor der Zeitung verpflichtet werden, den Verfasser zu nennen oder zur Ermittlung desselben das Manuskript herauszugeben, wenn das Prozessrecht solches allgemein vorschreibt; B. Ger. XV, 60; XVIII, 636; dass der Beklagte nicht zugleich in bezug auf die Editionspflicht als Zeuge behandelt und den für renitente Zeugen geltenden Zwangsmassregeln unterworfen werden darf, geht aus allgemeinen Prozessgrundsätzen und aus Art. 4 B. V. hervor [2]). Ob der in einem andern Kanton wohnhafte Zeuge verpflichtet sei zur Edition des Manuskripts, entscheidet sich nach den Grundsätzen der interkantonalen Rechtshülfe in Straf- und Zivilsachen. B. Ger. vom 22. Okt. 1892 i. S. Schmidlin, XVIII, 643.

Die speziellen Grundsätze über Verantwortlichkeit für Pressvergehen finden keine Anwendung, wenn der Verletzte den zivilrechtlichen Anspruch auf Schadenersatz geltend macht, gestützt auf Art. 50 ff., 55 des O. R., B. Ger. vom 2. Okt. 1885 i. S. Morard, VI, 511; XVII, 158, auch wenn der Anspruch adhäsionsweise im Strafverfahren geltend gemacht wird [3]). Auch der Gerichtsstand ist dann der des gemeinen Rechts.

Besondere Schwierigkeiten bietet aber die Frage des strafprozessualischen *Gerichtsstandes*: nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts könnte der Täter überall verfolgt werden, wo die Druckschrift hingelangt ist, da überall dort das Vergehen begangen worden ist; dies würde aber zu einer unerträglichen Vervielfältigung des Gerichtsstandes führen (sog. fliegender Gerichtsstand). Schon die ältere Praxis hat daher bloss zwei Gerichtsstände als zulässig anerkannt: denjenigen des Wohnortes des Angeklagten und denjenigen des Begehungsortes, nämlich des Ortes, wo die Schrift erschienen ist, und zwar auch dann, wenn die Schrift in einem andern Kanton erschienen ist [4]), während bei ausser Landes erscheinenden Druckschriften der Gerichtsstand des Bestimmungsortes wohl

---

[1]) Vgl. *Paccaud*, 236 ff. *Stooss*, Grundzüge des schweizerischen Strafrechts, I, 207.

[2]) Vgl. *Stooss*, Eine Bemerkung über Pressfreiheit, Zeitschr. für schweiz. Strafrecht, 1889, II, 415, wo das b. ger. Urteil vom 10. Mai 1889 (nicht das vom 12. April wie irrtümlich angegeben) i. S. Jäger, XV, 60, kritisiert ist.

[3]) Vgl. die Referate von *Stooss* und *van Muyden*, Zeitschrift, V, 1886, 571, 650, und *Martin*, ebds., VIII, 1889, S. 1.

[4]) *Ullmer*, I, Nr. 180, 182, 184, 190 (Druckort), 242. Vgl. Nr. 179, wo der interkantonale Grundsatz nur bedingt ausgesprochen ist. B. Ger. II, 35. *Schanberg*, Das interkantonale Strafrecht, Zeitschrift, 1869, XVI, 191.

nicht verfassungswidrig sein soll und m. E. auch nicht ist[1]). Die neuere Praxis hatte diese Grundsätze an Hand verschiedenartiger Fälle näher auszuführen. Der Satz, dass jeder verantwortliche Beteiligte an seinem Wohnsitz verfolgt werden kann, wurde bestätigt: B. Ger. XVIII, 643; XXVII, 37; und ebenso, dass er nicht an jedem Ort, wo die Druckschrift hingeschickt wurde, verfolgt werden kann: B. Ger. XVIII, 643; XXVII, 37. Als Begehungsort kann aber nicht immer der Ort des Erscheinens bezeichnet werden, namentlich nicht bei einmaligen Publikationen, wenn nämlich das Presserzeugnis an einem Ort gedruckt und von einem andern aus verbreitet wird. Das B. Ger. erklärte, dass in solchem Falle das Delikt als an diesem letztern Orte begangen anzusehen sei, B. Ger. vom 27. April 1888 i. S. Güttinger, XIV, 169, und zwar für alle diejenigen Personen, die an der Herstellung und Verbreitung der Druckschrift teilgenommen haben, als Verfasser, Redaktor, Verleger und Drucker; B. Ger. vom 14. Nov. 1901 i. S. Zai-Kappeler, XXVII, 447. Dieser Gerichtsstand, der allerdings dem Orte der Vollendung des Deliktes entspricht, hat gegenüber dem Gerichtsstand des Druckortes den Nachteil der Unbestimmtheit: die Auflage einer Druckschrift kann zu kleineren Teilen an verschiedenen Orten in die Öffentlichkeit geworfen oder zur Post gegeben werden. Die Schwierigkeit, die Deliktstätigkeit zu lokalisieren, ist aber dem Pressvergehen nicht eigentümlich, und m. E. steht nichts entgegen, dass u. U. mehrere konkurrierende Gerichtsstände des Begehungsortes gegeben seien: B. Ger. vom 14. Nov. 1901 i. S. Zai-Kappeler, XXVII, 458; Rekurrent hatte ein Pamphlet in Basel drucken lassen und teilweise von Brugg, teilweise von Turgi aus per Post versandt; das B. Ger. erklärte, keine bundesrechtliche Norm schreibe vor, dass ein solches Delikt *nur am Druckorte* verfolgt werden könne; als Begehungsort seien hier vielmehr Brugg und Turgi zu betrachten. Das B. Ger. scheint demnach auch den Gerichtsstand des Druckortes anzuerkennen. Im Falle eines positiven oder negativen Kompetenzkonfliktes zwischen Gerichten verschiedener Kantone wird das B. Ger. notwendig dem einen dieser Gerichtsstände den Vorrang einräumen müssen. — Ein besonderer Fall liegt vor, wenn einzelne Exemplare einer schon verbreiteten Druckschrift weiter verbreitet werden; das B. Ger. hat diese Weiterverbreitung mit Recht als eine selbständige Handlung dem Versenden eines Briefes gleichgestellt; B. Ger. XXVII, 450. Endlich wurde auch der Gerichtsstand der Widerklage bei Pressinjurien zugelassen, sofern dieser Gerichtsstand bei Injurien überhaupt anwendbar sei, allerdings mit der unzutreffenden Begründung, aus dem Wesen der Presse folge nur, dass nicht privilegia odiosa für die Presse geschaffen werden, nicht aber dass privilegia honorabilia aufgestellt werden müssen; B. Ger. vom 20. März 1901 i. S. Brun, XXVII, 34; gerade die Rechtsprechung in Fragen des Gerichtsstandes lehrt das Gegenteil, wie das B. Ger. einige Monate später selber zugeben musste; B. Ger. XXVII, 447—448.

Das B. Ger. hat in einer Entscheidung aus dem Wesen der Pressfreiheit die Forderung abgeleitet, dass das Pressdelikt nur als *einheitliches Vergehen* behandelt werde und dass nicht die verschiedenen, zu

---

[1]) Der B. R. schien dies anzunehmen bei *Ullmer*, Nr. 178; unklar über diesen Punkt Nr. 182. B. Ger. XXVII, 460.

dessen Begehung gehörenden Handlungen eines Beteiligten gesondert für sich unter Strafe gestellt werden; B. Ger. XXVII, 458; *Ullmer*, I, Nr. 182[1]); sofern nach kantonalem Strafrecht die einzelnen Handlungen zu selbständigen Vergehen gestempelt werden, liegt keine Verletzung des Grundsatzes ne bis in idem vor; es wird dann auch die Strafe für jede Teilhandlung geringer sein. Ist aber die zweifache Bestrafung verschiedener Teilhandlungen lediglich eine Folge der Konkurrenz zweier kantonaler Strafgerichtshoheiten, der einzig praktische Fall, so wird die doppelte Bestrafung in der Regel allerdings auch eine schwerere Ahndung zur Folge haben. Eine Verletzung der Pressfreiheit liegt aber darin nicht, weil strafbare Handlungen den verfassungsmässigen Schutz der B. V. nicht geniessen, auch nicht insofern, als sie nicht übermässig bestraft werden sollen. Eine Verletzung der Pressfreiheit kann dagegen allerdings darin liegen, dass mehrere Strafverfolgungen eintreten, denn die Strafverfolgung bedroht auch nur scheinbar rechtswidrige Handlungen, deren Rechtmässigkeit sich erst im Laufe des Verfahrens herausstellt. Aus diesem Grund ist auch eine Beschränkung der Gerichtsstände geboten.

Das *Verfahren* in Pressprozessen richtet sich im übrigen nach kantonalem Recht, und die Auslegung der kantonalen Prozessgesetze ist Sache der kantonalen Gerichte. Ausgenommen, das Pressvergehen werde im eidgenössischen Strafprozess abgeurteilt. B. Ger. XXVI, 428, betr. Legitimation zur Klage: VIII, 412; XXVI, 428, wo die Begründung nicht ganz zutreffend ist. Gewährung der interkantonalen Auslieferung ohne Verpflichtung dazu: XXV, 20. So wurde entschieden, dass das aargauische Vorverfahren zur Ermittlung des wahren Verfassers zulässig ist. B. Ger. XV, 60; XVIII, 636. Eine, m. E. unberechtigte, Ausnahme wurde für die *Kosten* gemacht: wer auf den Schutz des Art. 55 Anspruch erheben könne, dürfe nicht nur verlangen, frei von Strafe, sondern auch von Kosten aus dem Prozess herauszugehen, da die Belastung mit Kosten im Effekt einer Bestrafung gleich käme; B. Ger. vom 9. Dez. 1898 i. S. Wild, XXIV, 566. Es liegt kein Grund vor, bei Pressprozessen den sehr billigen Grundsatz aufzuheben, dass derjenige, der durch sein herausforderndes Verhalten zur Klage Anlass gegeben hat, einen Teil der Kosten mittragen helfe; und wenn die Kostenlast wirklich einer Strafe gleichkommt, ist es billiger, dass der Kläger sie trage? Es ist nicht gesagt, dass das bundesrechtlich geschützte Gut des Beklagten notwendig ein viel höheres sei als das kantonalrechtlich geschützte des Klägers[2]).

2. Abs. 2 und 3. *a.* Unter den den Kantonen vorbehaltenen Bestimmungen gegen den Missbrauch der Presse sind vor allem Strafbestimmungen zu verstehen; ursprünglich aber auch zivilrechtliche Bestimmungen, wie sich aus der näheren Bezeichnung: «Strafbestim-

---

[1]) Die St. R. K. rügte in ihrem Bericht über das Berner Pressgesetz von 1852, dass entgegen den allgemeinen Grundsätzen über die Konkurrenz von Verbrechen und Vergehen jedes Pressvergehen und jede Pressübertretung für sich abgeurteilt werde: B. Bl. 1853, III, 362, 378. *Blumer-Morel*, I, 498.

[2]) Richtig die älteren Urteile XV, 75; XVI, 470, wo gesagt ist, dass keine Verletzung der Pressfreiheit in der Auferlegung der Prozesskosten liege, wenn der Kläger zur Anrufung des richterlichen Schutzes Grund hatte, speziell wenn die Äusserung so gefasst war, dass sie im Publikum als beleidigend aufgefasst werden konnte; der Beklagte war verpflichtet worden, eine Ehrenerklärung abzugeben.

mungen» für die dem Bunde in Abs. 3 vorbehaltenen Kompetenzen ergibt; endlich gewerbepolizeiliche Vorschriften. Die zivilgesetzgeberische Kompetenz ist seit 1874 auf den Bund übergegangen, z. T. auch die gewerbepolizeiliche, und die strafgesetzgeberische ist dem Bund 1898 übertragen worden. Der B. B. betr. die Erwahrung der Volksabstimmung vom 13. Nov. 1898 über Aufnahme eines Art. 64 bis in die B. V. (Strafrecht), vom 30. Juni 1898 (A. S. XVI, 888) bestimmt: «Mit dem Zeitpunkt, in welchem das Strafgesetz in Kraft tritt, fallen die Absätze 2 und 3 des Art. 55 der B. V. dahin.» Mit andern Worten, die Gesetzgebung über das materielle Pressstrafrecht geht auf den Bund über und den Kantonen bleibt nur die Gesetzgebung über das Verfahren und die Organisation der Gerichte.

Der Bund hat von der gesetzgeberischen Kompetenz, die ihm Abs. 3 verlieh, Gebrauch gemacht im B. Ges. über das Bundesstrafrecht der schweizerischen Eidgenossenschaft vom 4. Febr. 1853 (A. S. III, 404), Art. 69—72, vgl. 42—44, 48, 59.

b. Das *Genehmigungsrecht* des B. R. wird, nach dem erwähnten B. B. vom 30. Juni 1898, mit dem Inkrafttreten des Bundesstrafgesetzes dahinfallen. Die sich daran knüpfenden Fragen haben daher, wie alle die Existenz kantonaler Pressgesetze voraussetzenden, nur noch eine verminderte Bedeutung.

Der Genehmigung des B. R. sind jedenfalls zu unterbreiten die *besonderen* kantonalen Gesetze über materielles Pressstrafrecht; m. E. aber auch allgemeine Strafgesetze, insofern sie das Recht freier Meinungsäusserung durch strafrechtliche Normen abgrenzen, denn die Anwendung des gemeinen Strafrechts bildet keine vollständige Garantie, dass die Pressfreiheit gewahrt ist[1]). Besondere Gesetze über das Verfahren in Pressprozessen sind m. E. auch vom B. R. zu genehmigen, während allgemeine, auf Press- wie auf andere Prozesse anwendbare Prozessgesetze der Genehmigung nicht bedürfen; die Pressfreiheit postuliert, ausgenommen in bezug auf den Gerichtsstand, s. z. s. keine Abweichungen vom gemeinen Prozessrecht, und die Genehmigung aller in einem Pressprozesse möglicherweise zur Anwendung kommenden Gesetze würde zu unnötigen Weitläufigkeiten führen; B. Ger. V, 13. Endlich sind zweifellos auch besondere gewerbepolizeiliche und sonstige polizeiliche Gesetze für die Presse, wie sie vielfach in den Press(-straf-) gesetzen enthalten sind, dem B. R. zur Genehmigung vorzulegen; die meisten früher oder heute noch üblichen präventiven Beschränkungen sind ja polizeilicher Natur. Damit stimmt allerdings nicht überein, dass die Genehmigung des B. R. ganz wegfallen soll, sobald das vom Bund zu erlassende materielle Pressstrafrecht in Kraft tritt; die B. Vers. hat mit dieser als selbstverständlich hingestellten Konsequenz des Art. 64 bis in Wirklichkeit eine weitere Änderung der B. V. vorgenommen, die vom Volke sanktioniert wurde.

Die genehmigende Behörde hat die ihr unterbreiteten Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit Art. 55 der B. V. zu prüfen.

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 38; B. Bl. 1874, III, 850, Rekurs Traversa: wenn das Kirchengesetz auf die Veröffentlichung kirchlicher Verfügungen durch die Presse angewandt werden wollte, müsste es vorher als Pressgesetz genehmigt werden. Anders B. Ger. in bezug auf das Landbuch von Uri, XI, 422; XV, 52.

Die genehmigende Behörde ist der B. R., und zwar ohne Rekurs an die B. Vers. (vgl. Art. 102, Ziffer 2)[1].

Das Genehmigungsrecht hat den Zweck, die verfassungswidrigen Bestimmungen aufzuhalten und ihre Wiederaufhebung zu veranlassen; die erteilte Genehmigung entscheidet aber nicht ein- für allemal die Verfassungsmässigkeit der nicht beanstandeten Bestimmungen; nichts hindert daher das B. Ger., genehmigte Gesetzesbestimmungen in ihrer Anwendung auf einzelne Fälle verfassungswidrig zu erklären[2]. Der B. R. kann seine Genehmigung auch wieder zurückziehen. Noch viel weniger werden die genehmigten Gesetze gewissermassen zu Bestandteilen der B. V. erhoben, deren Verletzung einer Verletzung der B. V. gleich zu behandeln wäre; B. Ger. II, 35.

Die Genehmigung ist m. E. zur Gültigkeit und Wirksamkeit des kantonalen Gesetzes nicht erforderlich, wie das B. Ger. im Gegensatz zur früheren Praxis der Bundesbehörden richtig erkannte[3]; das Gegenteil würde zwar dem Zweck der Genehmigung besser entsprechen; es ist aber nicht einzusehen, warum hier anders verfahren werden sollte als bei der Garantie der Kantonsverfassungen und der Genehmigung der Niederlassungsgesetze (Art. 43).

Art. 56.

Die Bürger haben das Recht, Vereine zu bilden, sofern solche weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind. Über den Missbrauch dieses Rechtes trifft die Kantonalgesetzgebung die erforderlichen Bestimmungen.

I. Geschichte.

Die Vereinsfreiheit ist erst in der *B. V. von 1848* bundesrechtlich gewährleistet worden. Bei der Diskussion der Tagsatzung über die Pressfreiheit beantragte *Zürich*, in der gleichen Bestimmung und in gleicher Weise auch das Vereinsrecht zu gewährleisten. *Luzern* schlug eine besondere Bestimmung vor: «Das Recht der Bürger, unter sich Vereine zu bilden, welche weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind, ist ebenfalls garantiert.» Die Redaktoren wurden indes beauftragt, eine präzisere Fassung zu finden; sie legten in 2. Beratung als Art. 46 den heutigen Art. 56 vor, der unverändert angenommen wurde[4].

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 190. *Paccand,* 182, erachtet den Rekurs an die B. Vers. als selbstverständlich. *Kaiser,* a. a. O., 217 ist gleicher Ansicht auf Grund der B. V. 1848.

[2]) Vgl. betr. kantonale Ausführungsgesetze zum B. Ges. betr. den Zivilstand und die Ehe vom 24. Dez. 1874, B. Ger., 15. Juni 1877, i. S. Vouga, III, 374.

[3]) B. Ger. XV, 52; XI, 421 *Schollenberger,* Kommentar, S. 411. Anders B. R. B. vom 2. Sept 1874 i. S. Traversa, B. Bl. 1874, III, 850; B. Bl. 1875, II, 604; 1876, II, 280, Ziffer 24; 1879, II, 612, Ziff. 26. *Blumer-Morel,* I, 495. *Orelli,* 72.

[4]) Eidg. Absch. 1847, IV, S. 92, 93, 270.

In der N. R. K. von *1871* beantragte *Jolissaint*, die Press- und Vereinsfreiheit in einem und demselben Artikel zu garantieren und dem Bunde das Gesetzgebungsrecht zu geben, fand aber keine Unterstützung. Dagegen wurde sowohl von der Kommission wie vom N. R. selbst beschlossen, die kantonalen Gesetze über das Vereinsrecht der b. r. Genehmigung zu unterstellen. Der St. R. hielt aber an der alten Fassung fest und der N. R. stimmte schliesslich zu [1]). Das Gleiche wiederholte sich 1873 [2]).

II. Auslegung.

Das Vereinsrecht ist das dem Einzelnen gegenüber dem Staat zustehende Recht, sich mit andern zu einem Vereine zu verbinden. Das Vereinsrecht soll in erster Linie eine spezielle Form der Meinungsäusserung garantieren [3]). Es soll ein Verein nicht verboten oder ungünstiger behandelt werden als andere, weil er bezweckt, eine bestimmte theoretische, ethische oder politische Ansicht bei seinen Mitgliedern zu pflegen und bei andern zur Geltung zu bringen. Das Vereinsrecht verbietet ferner, dass Vereine polizeilich unterdrückt werden, die nicht ideale Zwecke, in jenem Sinn, sondern praktische Zwecke verfolgen, sofern sie nicht rechtswidrig sind. Ansichten sind frei, sie sind auch nicht an die Rechtsordnung gebunden; wohl aber die Verwirklichung der Ansichten.

Bezüglich der Verbreitung theoretischer Lehrmeinungen kann für die Vereine das bei der Pressfreiheit Gesagte analog gelten: jede Lehrmeinung darf verbreitet werden, sofern nicht die Gebote des öffentlichen Anstandes verletzt werden [4]); was bloss unter Vereinsmitgliedern gesprochen oder schriftlich mitgeteilt wird, entzieht sich in der Regel der polizeilichen Kontrolle, wenn die Mitteilung nicht ein von Amtes wegen zu verfolgendes Vergehen darstellt. Religiöse Vereine und die Betätigung ihres religiösen Zweckes durch Verbreitung religiöser Ansichten oder Abhaltung von gottesdienstlichen Handlungen stehen unter dem Schutze der Art. 49 und 50 B. V.; B. Ger. vom 5. März 1897 i. S. Gentil u. G., XIII, 9; vom 29. Nov. 1889 i. S. Märki u. G., XV, 689; XXII, 1006.

Die Einzelnen können sich auch vereinigen zum Zwecke, die Rechtsordnung abzuändern, gesetzgeberische Reformen anzustreben; der Zweck eines solchen Vereins ist nicht rechtswidrig, weil er nicht auf Nichtbefolgung des Gesetzes, sondern auf Abänderung desselben geht, sofern nur die Abänderung in den verfassungsmässigen Formen angestrebt wird; vgl. namentlich den Bericht des B. R. vom 28. Januar 1854 betr. den Grütliverein (B. Bl. 1854, I, 441—471, 485—523; *Ullmer*, I, Nr. 194). Ferner die Petition des Freiburger Comité de Posieux (B. Bl. 1853, II, 603). Sogar die Abänderung der Verfassung selbst darf sich ein Verein zum Ziel setzen. Will er das Ziel auf dem Wege der regelmässigen

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 145; Prot. des N. R., S. 555; Anhang, S. 130.

[2]) Prot. der N. R. K., 34, 64; der St. R. K., 29. Prot. der eidg. Räte 1873–74, S. 164, 344, 264.

[3]) *Ullmer*, I, S. 179; *Kaiser*, Schweiz. Staatsrecht, I, 226.

[4]) Ein Verein kann nicht verboten werden, weil sein Zweck nach Ansicht der Behörde ein unvernünftiger oder kulturwidriger ist: B. Ger. VII, 511; XII, 105 (unrichtige Begründung).

Verfassungsrevision erreicht wissen, so ist gegen ihn nichts einzuwenden. Will er sich aber an dieses Verfahren nicht halten, weil er die Rechtmässigkeit der Bestimmungen über die Revision nicht anerkennt, so ist sein Zweck rechtlich ein revolutionärer. Ein solcher Verein, auch wenn er sein Ziel nicht selber verwirklichen will, sondern dies andern bloss anempfiehlt, kann als staatsgefährlich betrachtet werden, wenn zu befürchten ist, dass er eine erhebliche Anzahl von Bürgern zur Ausführung seiner ordnungswidrigen Ansichten veranlassen werde. Im übrigen kann m. E. jede negative oder positive Meinung über die gesellschaftliche Ordnung auf dem Wege der Vereinsbildung verbreitet werden; die B. V. steht auch hier, wie mir scheint, auf dem Standpunkt, dass das Unrichtige nicht zu allgemeiner Geltung zu gelangen vermag und auch ohne das Machtgebot des Staates erlahmt. Die Vereinigung aller Gleichgesinnten zur Verbreitung einer Idee steht aber der Verwirklichung schon viel näher als die Verbreitung durch einen Einzelnen, auch auf dem Wege der Presse. Daher rechtfertigt sich der durch Art. 56 aufgestellte Vorbehalt staatsgefährlicher Vereine; staatsgefährlich ist nicht nur der Verein, welcher die Rechtsordnung gewaltsam, auf verfassungswidrigem Wege abändern will, sondern auch derjenige, der bloss für die Idee einer Abänderung der Rechtsordnung Propaganda macht, von dem aber unter den gegebenen Umständen zu befürchten steht, dass er selber, die äussere Ordnung störend, zur Tat übergehen oder andere dazu verleiten werde. Daher ist nicht derjenige Verein, der die Abänderung der politischen Staatsform wünscht, staatsgefährlich, sondern derjenige, der irgend eine Abänderung der bestehenden Rechtsordnung in einer Weise anstrebt, die tatsächlich zur Störung der öffentlichen Ordnung führen kann.

Rechtswidrig ist derjenige Verein, der unter der bestehenden Rechtsordnung einen mit derselben in Widerspruch stehenden Zweck verfolgt, oder einen rechtmässigen Zweck mit rechtswidrigen Mitteln verfolgt, der z. B. die Propaganda für eine Idee mit polizeiwidrigen Mitteln betreibt. Welche Zwecke rechtswidrig sind, entscheidet sich somit nach der jeweilen geltenden Rechtsordnung; die Vereinsfreiheit gewährt nur die relative Garantie, dass die rechtmässigen Zwecke auch auf dem Wege der Vereinigung verfolgt werden dürfen. Mit Ausnahme jedoch der idealen Zwecke im mehrgebrauchten Sinne; Vereine mit solchen Zwecken sind von Verfassungs wegen erlaubt. Mit dieser Beschränkung ist es richtig, wenn das B. Ger. mehrmals erklärte, das Vereinsrecht sei nur solchen Vereinen gewährleistet, die weder nach ihren Zwecken noch nach ihren Mitteln mit der geltenden Rechtsordnung in Widerspruch stehen. B. Ger. VII, 666: unbefugtes Steuersammeln; vom 15. April 1882 i. S. Versicherungskasse Trub, VIII, 254: durch die kantonale Brandversicherungsanstalt zum Liquidieren verpflichtet; vom 2. Febr. 1884 i. S. Effektenbörsenverein Zürich, X, 28: Verbot privater Börsenvereinigungen; XII, 105. Art. 56 entscheidet namentlich nicht, welche Tätigkeiten der Staat seiner Fürsorge vorbehalten und welche er der Privatinitiative überlassen soll.

Die Reaktion des Staates gegen solche Vereine muss sich nach dem Grad der Staatsgefährlichkeit oder Rechtswidrigkeit richten. Ein staatsgefährlicher Verein wird aufzuheben sein, wenn die Staatsgefährlichkeit das Resultat seiner ganzen Tätigkeit ist, nicht aber, wenn nur ein be-

sonderer Teil seiner Tätigkeit diesen Charakter hat. Ein Verein, der rechtswidrige Zwecke verfolgt, wird nur dann aufzuheben sein, wenn sein ganzer Zweck oder sein Hauptzweck rechtswidrig ist; nicht aber, wenn er zur Erreichung erlaubter Zwecke unerlaubte Mittel anwendet. Ein Verein, der sich bei Verbreitung seiner Schriften oder bei Anwerbung von neuen Mitgliedern einer Polizeiübertretung schuldig macht, darf nicht deswegen aufgehoben werden[1]. Anders verhielte es sich, wenn die Anwendung solcher Mittel geradezu Vereinszweck wäre. In diesem Sinne sind die Worte der B. V. auszulegen, welche die Garantie des Bundes auf solche Vereine beschränkt, die weder in ihrem Zweck, noch in den dafür bestimmten Mitteln rechtswidrig oder staatsgefährlich sind.

Art. 56 wurde bisher wesentlich als eine Beschränkung der Polizeigewalt des Kantons, seiner Befugnis, polizeiliche Verbote aufzustellen, betrachtet, was er auch ist. Der Verein ist aber ein privatrechtliches Gebilde und die Einzelnen, die sich zu Verbänden vereinigen wollen, müssen sich an jene durch das Privatrecht anerkannte Formen halten, wenn sie ihrer Vereinigung einen rechtlichen Charakter geben wollen. Der Privatgesetzgeber hat es daher in der Hand, die Bildung von Personenverbänden überhaupt, oder von gewissen Arten solcher zu begünstigen oder zu erschweren, namentlich indem er bestimmt, welche Zwecke Gegenstand eines gültigen Vereins- oder Gesellschaftsvertrages sein können. Durch das Privatgesetz kann allerdings die tatsächliche Vereinigung Einzelner nicht verhindert, es kann aber der Vereinigung der rechtliche Boden, die Möglichkeit, am Rechtsverkehr teilzunehmen, entzogen werden. Aus Art. 56 B. V. ist für den Privatgesetzgeber, wie mir scheint, nur die Forderung abzuleiten, dass er Vereine nicht mit Rücksicht auf die von ihnen vertretene Idee oder angestrebten Einrichtungen ungünstiger stelle; es dürfen z. B. politische Vereine nicht der juristischen Persönlichkeit beraubt werden.

Die Regelung der Vereine mit wirtschaftlichen Zwecken ist dagegen durch Art. 56 B. V. nicht präjudiziert, sofern nur der Grundsatz der Rechtsgleichheit gewahrt wird. Es kann nicht etwa aus Art. 56 B. V. gefolgert werden, ob die gegenseitige Unterstützung bei Streiken, der Verruf gewisser Arbeitgeber, die Bildung von Produzentenringen u. a. m. Gegenstand gültiger Vereinbarung sein können. Damit ist allerdings auch die an sich nach Art. 56 B. V. zu beurteilende Frage präjudiziert, welche Vereine polizeilich verboten und von Amtes wegen aufgehoben werden können; denn die polizeiliche Untersagung eines Vereins, der vom Privatrecht reprobierte Zwecke verfolgt, ist kaum zu beanstanden. Eine weitere Einschränkung der Privatgesetzgebung, z. B. zu gunsten der Geltendmachung von Klasseninteressen, scheitert an der Unbestimmbarkeit der Begriffe. Die Frage hat übrigens nur noch praktische Bedeutung für den Gesetzgeber selbst, seitdem die Gesetzgebungskompetenz auf den Bund übergegangen ist. Das einmal in Kraft getretene Gesetz ist für den Einzelnen und den Richter verbindlich. — Nach Privatrecht entscheidet sich heute auch, ob und unter welchen Voraussetzungen einem Vereine juristische Persönlichkeit zukomme[2].

---

[1]) Vgl. den analogen Fall der Untersagung öffentlicher religiöser Versammlungen überhaupt wegen einzelner Übertretungen des Hausiergesetzes: B. Ger. vom 20. Febr. 1886 i. S. Schaaff u. G., XII, 105.

[2]) *Ullmer*, I, S. 188; II, S. 137, wo der Anspruch auf Korporationscharakter verneint wird, weil er Gegenstand staatlicher Verleihung sei. *Kaiser*, 234.

Art. 56 regelt nur das Verhältnis des Einzelnen, als Gründer oder Mitglied eines Vereins, zum Staat, nicht zu andern Privatpersonen. Es liegt daher keine Verletzung der Vereinsfreiheit in der Auferlegung der Pflicht, einem Verein nicht anzugehören, wie es z. B. durch den Anstellungsvertrag geschehen kann, oder in der tatsächlichen Verhinderung, einem Verein anzugehören, z. B. durch die Drohung der Kündigung des Anstellungsvertrages. Eine andere Frage ist, ob jene Abrede gültig ist[1]).

In anderer Lage befindet sich der Staat; er kann mit seinen Beamtungen diejenigen Berufe und auch Vereinsämter oder Vereinstätigkeiten unvereinbar erklären, deren Ausübung der Erfüllung der Amtspflichten hinderlich ist. Er darf aber auf die idealen, z. B. die politischen oder sozialen Ziele oder Tendenzen des Vereins bei der Aufstellung der Inkompatibilitäten nicht Rücksicht nehmen, auch wenn der Verein staatliche Grundsätze und Einrichtungen bekämpft; wohl aber darf er gegen den Einzelnen einschreiten, wenn er seine Amtspflichten nicht erfüllt, und kann er bei der Wahl jener Beamten auf die Gefahr solcher Schwierigkeiten Rücksicht nehmen, namentlich bei politisch verantwortungsvollen Stellen[2]).

1. Öffentlichrechtliche Korporationen geniessen die Vereinsfreiheit nicht; wenn der Staat einen Verband mit öffentlichrechtlicher Eigenschaft ausrüstet, d. h. ihm die Erfüllung einer öffentlichrechtlichen Funktion zur Aufgabe macht, muss er auch Mitgliedschaft, Organisation und Tätigkeit des Vereins bestimmen können. Dasselbe gilt für den Fall, wo der Staat einen Verein mit öffentlichrechtlichen Privilegien ausrüstet. In beiden Fällen können aber neben den öffentlichrechtlichen Verbänden noch Privatvereine mit gleichem Zweck bestehen, wenn der Staat nicht den Zweck zu gunsten jener monopolisiert hat. Wenn dadurch die bisherigen privaten Vereine rechtlich oder tatsächlich unmöglich werden, so liegt darin keine Verletzung der Vereinsfreiheit, denn Art. 56 enthält keine Norm über die Abgrenzung zwischen staatlichen Funktionen und privater Tätigkeit; B. Ger. vom 14. Nov. 1879 i. S. Forster, V, 436; vom 20. Sept. 1900 i. S. Fédération des sociétés ouvrières du canton de Genève, XXVI, 326; das B. Ger. erklärte, dass gegen Art. 56 B. V. eine Bestimmung des Genfer Gesetzes vom 10. Febr. 1900 nicht verstosse, nach welcher Lohntarife zwischen Arbeitgebern und Arbeitern auf Seite letzterer nur von solchen Berufsgenossenschaften vereinbart werden können, deren Statuten vom Regierungsrat genehmigt worden seien und die alle Arbeiter dieses Berufes aufnehmen. Darüber beschwerte sich eine private Genossenschaft. In Frage war hier nicht sowohl die Vereinsfreiheit, als die Vertragsfreiheit. *Kaiser,* 233.

2. Inhalt des Vereinsrechts. Die Vereinsfreiheit gewährleistet den Bürgern das Recht, erlaubte Vereine zu bilden und zu erhalten. Die zur Gründung eines Vereins und zur Anwerbung neuer Mitglieder erforderliche Tätigkeit entzieht sich meistens der Öffentlichkeit und gibt daher der Staatsgewalt nur ausnahmsweise Gelegenheit, einzuschreiten;

---

[1]) Die Motion *Vogelsanger* vom 14. April 1891 bezweckte, die Freiheit ökonomisch abhängiger Personen in dieser Beziehung zu wahren. *Salis,* 1. Aufl., IV, Nr. 1460. Bericht des B. R. vom 16. Juni 1894, B. Bl. 1894, III, 46; IV, 261.

[2]) Vgl. die Verordnung des B. R. betr. Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidg. Anstellungen, vom 21. Febr. 1899, A. S. XVII, 64, Art. 3.

es wäre dies etwa der Fall bei öffentlichen Einladungen, einem erlaubten Verein beizutreten. Die allgemein polizeilichen, strafrechtlichen und zivilrechtlichen Vorschriften sind selbstverständlich auch bei dieser vereinsbildenden Tätigkeit zu beobachten, z. B. die Vorschriften der Hausiergesetze, wenn Vereinsschriften zur Gewinnung neuer Mitglieder kolportiert werden, oder die Vorschriften über Geldsammeln, wenn mit der Anwerbung neuer Mitglieder die Entrichtung eines Geldbeitrages oder die Verpflichtung dazu verbunden ist; der Aufruf zum Beitritt in eine Konsumgenossenschaft darf keine Kreditschädigung der Kaufleute des Ortes enthalten u. s. f. Alle derartigen Bestimmungen sind zwar nicht schon deshalb zulässig, weil sie nicht bloss für Vereine gelten; sie werden aber nicht ohne besonderen Grund für Vereine unverbindlich erklärt werden[1]).

Die polizeiliche Bewilligung der Gründung eines Vereins ist m. E. nicht verfassungswidrig; die Einholung einer einmaligen Bewilligung ist eine kaum sehr wirksame, aber auch keine unerträglich lästige Massregel[2]). Insofern ein Kanton die Angabe von Zweck und Mitteln des Vereins zur Erleichterung der polizeilichen Kontrolle vorschreibt, kann er ohne Verfassungsverletzung geheimen Vereinen seine Anerkennung versagen.

Die Entfaltung der Vereinstätigkeit entzieht sich in der Regel auch der obrigkeitlichen Kontrolle. Auch hier ist der Verein den allgemein polizeilichen und andern Gesetzen unterworfen; das rechtliche Band der Mitgliedschaft kann aber im Verhältnis der Mitglieder unter sich eine Ausnahme von solchen polizeilichen Vorschriften bedingen, die zum Schutze des Einzelnen aufgestellt sind; z. B. Sammeln von geschuldeten oder nicht geschuldeten Beiträgen zu Vereinszwecken, Vertreiben von Vereinsschriften bei Vereinsmitgliedern; B. Ger. XII, 105[3]). Versammlungen der Vereinsmitglieder zu Vereinszwecken stehen unter dem Schutze der Vereinsfreiheit, und können keinen anderen polizeilichen Beschränkungen unterworfen werden als andere private Vereinigungen. Die Behörden sind namentlich verpflichtet, solche Versammlungen gegen Störung seitens Dritter zu schützen. Was das B. Ger. vom Versammlungsrecht in seiner Entscheidung vom 20. Febr 1886 i. S. Schaaff u. G., XII, 105, in Anwendung kantonalen Verfassungsrechtes ausführte, gilt auch hier: die Ausübung eines verfassungsmässigen Rechtes darf nicht deshalb beschränkt und aufgehoben werden, weil es Dritte zu rechtswidrigem Handeln veranlasst; die Polizei mag allerdings einzelne Versammlungen aufheben, sofern sie nicht im stande ist, durch andere Mittel die Ordnung aufrechtzuerhalten und die Teilnehmer an der betr. Versammlung zu schützen; dagegen geht es nicht an, dass sich die

---

[1]) B. Ger. vom 30. Dez. 1881 i. S. Simmen, III, 666: Recht, Propaganda für den Beitritt zu einem bestehenden Verein zu machen. Art. 56 fordert nicht, dass Handlungen welche allgemein aus polizeilichen Gründen verboten sind, sofern sie zum Zweck der Gründung oder Ausdehnung von Vereinen vorgenommen werden, ausnahmsweise erlaubt und straflos sein müssen.

[2]) *Ullmer*, I, S. 183—185 werden Präventivmassregeln für unzulässig erklärt. *Ullmer*, II, Nr. 838, scheint die obrigkeitliche Bewilligung zuzulassen.

[3]) Es ist daher nicht richtig, zu sagen, Art. 56 gewährleiste auch diejenigen Vereine, deren Zweck und Mittel geheim gehalten werden; wenn der Bund den Kantonen die Verantwortlichkeit für Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Handhabung der Vereinspolizei überlässt, darf er ihnen nicht die Mittel dazu versagen. *Ullmer*, I, S. 182

Staatsgewalt ihrer Aufgabe, das Vereins- und Versammlungsrecht gegen rechtswidrige Störung zu schützen, dadurch entledige, dass sie die bedrohten Versammlungen einfach verbietet.

Das *Versammlungsrecht* als solches garantiert dagegen die B. V. nicht; das Versammlungsrecht berechtigt zur Einberufung öffentlicher Versammlungen, während das Vereinsrecht nur die Versammlung der Mitglieder eines bestehenden Vereins gewährleistet; im Gegensatz zu dieser ist als öffentliche Versammlung diejenige zu betrachten, an der Personen teilnehmen, die vorher noch nicht Vereinsmitglieder waren oder die es nur geworden sind, um an der Vereinsversammlung teilzunehmen [1]).

Art. 56 B. V. garantiert nicht das *Eigentum der Vereine.* Die Frage, unter welchen Voraussetzungen ein Verein überhaupt vermögensfähig sei, gehört dem Privatrechte an. Aber auch die öffentlichrechtliche, von Amtes wegen durchzuführende Vorschrift, dass Personenverbände nur ein beschränktes Vermögen besitzen oder nur mit obrigkeitlicher Bewilligung unbewegliches Vermögen erwerben oder unentgeltliche Zuwendungen annehmen sollen, steht mit dem Vereinsrecht nicht in Widerspruch, sofern die Vorschrift nicht gegen Personenverbände bestimmter idealer Tendenz gerichtet ist. Die Vereinsfreiheit wollte vor allem eine Garantie für die Unabhängigkeit des geistigen und politischen Lebens schaffen und nicht das wirtschaftliche Verhältnis zwischen Genossenschaftsbesitz und Individualbesitz bestimmen. Zu gunsten der Vereine wie der Privatpersonen gilt lediglich die Forderung, dass weder diese Beschränkungen der Vermögensfähigkeit noch ihre Anwendung willkürlich seien; B. Ger. v. 20. April 1875 i. S. Société de couture des Bayards, I, 118: willkürliche Einziehung eines Vereinsfonds zum öffentlichen Kirchgemeindegut.

Art. 56 gewährleistet das Vereinsrecht den «*Bürgern*». Wenn auch bei der Aufnahme dieses Freiheitsrechts in erster Linie an politische Vereine gedacht wurde, so darf die Garantie doch gewiss nicht auf die zur Ausübung politischer Rechte befähigten Bürger beschränkt werden; vielmehr geniessen auch Frauen [2]) und nicht stimmberechtigte Männer das Vereinsrecht; sogar minderjährige Personen, nur mit der Beschränkung, dass sie, weil nicht handlungsfähig, zur Beschwerdeführung nicht fähig sind.

Dagegen hat die Praxis angenommen, die Vereinsfreiheit sei nur Schweizerbürgern garantiert [3]). M. E. mit Unrecht: das Wort «Bürgern» kann ebensowohl die einzelnen Bürger im Gegensatz zum Staat bezeichnen, als die Schweizerbürger im Gegensatz zu Landesfremden; der Sprachgebrauch der B. V. ist in dieser Beziehung nicht konsequent (vgl. Art. 4, 18, 45, 60, 66). Auch wenn die B. V. ausdrücklich «Schweizer-

---

[1]) B. Ger. VII, 511, i. S. Obrist: *Orelli,* 73; *Kaiser,* I, 225, scheint anzunehmen, das Versammlungsrecht sei bundesrechtlich auch garantiert. — Das Verbot des Schützenfestes in Stans war m. E. nicht verfassungswidrig, weil es sich nicht nur um die Versammlung der Vereinsmitglieder, sondern um ein öffentliches Fest handelte; dass ein Schützenverein naturgemäss Schützenfeste abhalten muss, war nicht ausschlaggebend: *Ullmer,* I, Nr. 196.

[2]) Vgl. B. Ger. I, 118, i. S. Société de couture des Bayards.

[3]) B. Ger. VII, 516; Geschäftsbericht des B. R. für 1852, B. Bl. 1853, II, 49. *Blumer-Morel,* I, 511, wenigstens sofern es sich um politische Vereine handelt; *Kaiser,* I, 223; *Orelli,* 73.

bürger» gesagt hätte, wäre kein Grund vorhanden, die Garantie nicht auch Ausländern zukommen zu lassen, die schweizerischer Staatsgewalt unterstellt sind; denn der Grundsatz der Vereinsfreiheit besteht im öffentlichen Interesse; wenn er gegenüber Schweizerbürgern richtig ist, muss er es auch gegenüber Ausländern sein.

Art. 56 ist daher von Amtes wegen auch gegenüber Ausländern zu handhaben. Ausländervereine werden allerdings unter Voraussetzungen rechtswidrig und namentlich staatsgefährlich erklärt werden dürfen, die für Schweizervereine nicht genügen würden. Art. 56 B. V. ist auf Ausländer anwendbar in dem Masse, als sie sich mit der schweizerischen Staatsgewalt in Berührung setzen; also grundsätzlich auch auf Ausländer im Auslande, sofern sie in der Schweiz einen Verein gründen, oder ihre Vereinstätigkeit betreiben wollen; um so mehr können Schweizerbürger das Vereinsrecht anrufen, wenn sie sich in der Schweiz mit Ausländern vereinigen wollen [1]).

Die Gesetzgebung über die Vereinspolizei und die Handhabung dieser Polizei stehen in der Regel den Kantonen zu. Art. 56 verpflichtet die Kantone nicht, ihre Vereinsgesetze dem B. R. zur Genehmigung zu unterbreiten; der B. R. kann aber, gestützt auf Art. 102, Ziffer 2, der B. V., von sich aus gegen die Aufstellung und Anwendung verfassungswidriger Gesetze einschreiten, nicht nur auf Beschwerde hin gegen einzelne verfassungswidrige Verfügungen [2]). Welche kantonalen Behörden zur Handhabung der Vereinspolizei, namentlich zur Auflösung von Vereinen kompetent seien, entscheidet Art. 56 B. V. nicht [3]).

Die Kantone sind auch verpflichtet, durch gewissenhafte Handhabung der Vereinspolizei die Interessen des Bundes zu wahren, namentlich die Sicherheit seiner Einrichtungen zu hüten; mangels genügenden Schutzes durch die Kantone muss aber der Bund selbst kompetent sein, einzuschreiten [4]).

Art. 57.

Das Petitionsrecht ist gewährleistet.

I. Geschichte [5]).

Das Recht, Beschwerden und Anträge an die Behörden zu richten, war in der alten Eidgenossenschaft seit der Reformation keineswegs anerkannt; die Unzufriedenen wurden vielmehr häufig bestraft, wenn sie ihren Klagen über die Regierung Ausdruck gaben. Trotzdem wurde das Petitionsrecht in der helvetischen Verfassung nicht ausdrücklich

---

[1]) Das b. ger. Urteil vom 24. Sept. 1881 i. S. Obrist, VII, 516, ist in der Begründung nicht zutreffend; die Beschränkungen der Polizeigewalt, wie die Polizeigewalt selbst, erstrecken sich auf alle im Staatsgebiete sich abspielenden Vorgänge.

[2]) Wie *Kaiser*, I, 232, annimmt. Vgl. unten Art. *102, Ziff. 2.*

[3]) *Ullmer*, I, S. 184—185. *Kaiser*, I, 228, 233, meint, die oberste Polizeibehörde habe über die Staatsgefährlichkeit, die Gerichtsbehörde über die Rechtswidrigkeit der Vereine zu entscheiden.

[4]) *Ullmer*, I, S. 183; II. S. 136. *Kaiser*, I, 227.

[5]) *Blumer-Morel*, I, 521.

gewährleistet; es wurde aber in weitem Masse ausgeübt. Erst die Entwürfe von 1832 und 1833 enthielten die beinahe gleichlautende Bestimmung, nach der Fassung von 1833, Art. 31: «Die Schweizer haben das Recht der Petition an die Bundesbehörden über alle Gegenstände, welche dem Bund übertragen sind.»

In der Revisionskommission der Tagsatzung von 1847 wurde vorgeschlagen, ein Reglement über den Gebrauch des Rechts vorzubehalten, um Missbräuche beim Zustandekommen der Petitionen zu verhindern, z. B. durch Kontrolle der Echtheit der Unterschriften. Die Kommission beschloss aber, das Petitionsrecht einfach im Grundsatz zu gewährleisten, und zwar nicht nur Schweizern; der Antrag, ein Ausführungsreglement vorzubehalten, blieb in Minderheit, worauf die Redaktoren der Tagsatzung die Fassung unterbreiteten: «Die Schweizerbürger haben das Recht, an die Bundesbehörden Petitionen zu richten.» Der Antrag *Zürichs*, einzuschalten: «Bundes- und *Kantonal*behörden», sowie der Antrag *Solothurns*, hinzuzufügen: «Die Kantonsregierungen dürfen unter keinem Vorwande die Ausübung dieses Rechtes verhindern oder beschränken», wurden abgelehnt, und der Artikel in der von *Bern* vorgeschlagenen vereinfachten Fassung von heute angenommen [1]).

Art. 47 der B. V. von 1848 wurde 1872 und 1874 als Art. 57 der revidierten Verfassung ohne Diskussion unverändert beibehalten.

II. Auslegung.

Das Petitionsrecht ist das Recht, bei öffentlichen Behörden Beschwerden über Amtshandlungen oder Vorschläge über Abänderung der geltenden Rechtsnormen oder der darauf begründeten Praxis anzubringen. Das Recht des Einzelnen besteht darin, dass er ohne Rechtsnachteil seitens des Staates solche kritische oder praktische Äusserungen der Staatsbehörde zukommen lassen darf. Ein solches Recht des Einzelnen kann vernünftigerweise postuliert werden, insofern als Hindernisse seitens des Staates denkbar sind. Wenn nicht früher das Petitionieren verboten und bestraft worden wäre, hätte die Garantie des Art. 57 wohl nicht Eingang in die B. V. gefunden; da sie aber darin steht, kann ihr Sinn kein anderer sein. Übrigens hat das Petitionsrecht auch heute noch, wo niemand mehr daran denkt, Bittschriften zu verbieten, den guten Sinn, jedermann die Möglichkeit zu sichern, bis zur Behörde, die er anruft, zu dringen und von ihr vernommen zu werden [2]). Es wäre daher verfassungswidrig, wenn sich eine öffentliche Behörde gegen Petitionen verschliessen wollte, z. B., indem eine Kollegialbehörde einzelne Mitglieder beauftragte, sie von sich aus zu erledigen, ohne selber davon Kenntnis zu nehmen; während selbstverständlich eine Behörde nicht verpflichtet ist, in corpore vom ganzen Inhalt der Petition Kenntnis zu nehmen. Die Geschäftsreglemente des National- und des Ständerates sehen ständige Kommissionen vor, an welche die Petitionen zur Bericht-

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 35. Eidg. Absch. 1847, IV, S. 95, 270.

[2]) Die Bemerkung *Labands*, Staatsrecht, I, 282, Note 3, das Recht, zu petitionieren, sei ein „natürliches" Recht ähnlichen Inhalts wie das Recht, Briefe zu schreiben oder Lieder zu singen, ist daher nicht zutreffend; ob das Petitionsrecht durch Art. 23 der deutschen Reichsverfassung garantiert sei, ist eine andere Frage; sie wird verneint durch *Seydel*, Kommentar, 2. Aufl., S. 203, und Annalen des deutschen Reichs 1880, 358.

erstattung gewiesen werden und die im Rate darüber referieren. Ausserdem wird der B. R. häufig über wichtigere Petitionen vernommen.

Die Petition unterscheidet sich vom Rekurs und anderen Rechtsmitteln einerseits, und von dem in Ausübung des Initiativrechts gestellten Antrag anderseits dadurch, dass sie die angerufene Behörde mit der Sache nicht befasst, auch wenn die Behörde dem Gegenstand nach kompetent wäre. Wenn ausser den staatsrechtlichen, zivil- und strafprozessualen Klagen und Rechtsmitteln noch die Petition mit jener Wirkung zulässig wäre, hätte es keinen Sinn, die Rechtsmittel an bestimmte Voraussetzungen, wie Fristen, Form, Klagelegitimation [1], zu binden, die für die Petition nicht bestehen. Die Petition ist kein Rechtsmittel, keine Klage und keine Weiterziehung; kann die höhere Instanz die Entscheidung der untern nur aufheben oder reformieren, wenn die Rechtssache an sie weitergezogen wird, so darf sie eine darauf zielende Petition nicht berücksichtigen; sie kann die Petition nur ad acta legen [2]. Aus diesem Grund sind Petitionen an die rechtsprechenden Organe zwecklos. Dagegen kann sich eine übrigens regelrechte Beschwerde unrichtigerweise Petition nennen; ob diese falsche Benennung ein relevanter Formfehler sei, entscheidet das anzuwendende Prozessrecht [3]. Ähnliches gilt für Petitionen an gesetzgebende Behörden: durch die Petition ist die Behörde mit der gesetzgeberischen Sache nicht befasst, weil die Petition kein Antrag ist; sie braucht, und sie kann korrekterweise auf diese Anregung hin über den Gegenstand der Petition keinen Beschluss fassen; sie muss erst durch einen in Ausübung des Vorschlagsrechtes gestellten Antrag dazu veranlasst werden. Es ist daher nicht sachgemäss, wenn die Geschäftsreglemente des National- und des Ständerates die Petitionen auf gleiche Linie stellen wie Botschaften des B. R., Motionen und Rekurse [4]. Die Petition ist nur die Bitte um Anhandnahme des Gegenstandes, welch letztere erst durch Stellung eines förmlichen Antrages auf Eintreten erfolgen kann; wird dieser Antrag nicht gestellt, so muss zur Tagesordnung geschritten werden. Die Sache wird aber gewöhnlich nicht so streng formell behandelt; sowohl die B. Vers. wie der B. R. treten häufig auf die Behandlung des Gegenstandes ein auch ohne formellen Antrag, und wenn sie nicht darauf eintreten, schreiten sie nicht einfach zur Tagesordnung, sondern begründen häufig ihr Nichteintreten in einem förmlichen Beschluss. Zahlreiche Beispiele beweisen, das B. R. und B. Vers. keine vernünftige Petition ohne Antwort lassen, obschon sie dazu, wie schon ausgeführt, rechtlich nicht verpflichtet wären [5].

---

[1]) *Ullmer,* I, S. 180. Note.

[2]) Die Ausführungen des B. R. in seinem Berichte i. S. Gisler vom 28. Mai 1904, B. Bl. 1904, III, 705, sind daher ganz unzutreffend: die eventuell als Petition bezeichnete Beschwerde gegen den letztinstanzlichen Beschluss des B. R. war keine Weiterziehung, sondern eine Petition, und ebendeshalb zulässig, aber unwirksam. Richtig: B. Ger v. 2. Mai 1879 i. S. Tschabold, V, 219. Vgl. Bericht des B. R. i. S. Gehlsen vom 16. Juni 1879, B. Bl. 1879, II, 981; *Salis,* IV. Nr. 2049. St. B. IX. 971, vgl. 959.

[3]) Vgl. die „Petition“ von Meuli und Weibel an den B. R. mit dem Begehren, er wolle eine Unternehmung dem Haftpflichtgesetze unterstellen, die durch B. R. B. vom 13. Mai 1890 begründet erklärt wurde, B. Bl. 1890, II, 828.

[4]) Art. 39 des Reglementes des N. R.; Art. 41 des Regl. des St. R., A. S. XIX, 632, 536. Die ältere Gesetzessammlung (1848–1874) enthält mehrere Bundesbeschlüsse, durch welche die B. Vers. beschloss, über eine Petition zur Tagesordnung zu schreiten, z. B. A. S. V, 187; ein Beschluss war dazu nicht nötig.

[5]) *Salis,* 1. Aufl., I, Nr. 45, 47. Vgl. z. B. B. R. B. vom 30. Nov. 1897 über die Petition des Typographenbundes betr. gesundheitspolizeiliche Vorschriften, B. Bl. 1897, IV, 1208.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass eine Behörde durch die Petition nicht die materielle Kompetenz erhält, sich mit dem Gegenstand zu befassen, obschon in der Beschwerde oft die Veranlassung, die Versuchung dazu liegen würde[1].

Da die Petition weder ein Rechtsmittel noch ein Antrag ist, und von der angerufenen Behörde vollständig unberücksichtigt gelassen werden kann, darf sie unbedenklich jedermann zugestanden werden; da das Petitionsrecht keine Einwirkung auf die Staatsverwaltung sichert und daher nicht zu den politischen Rechten gezählt werden kann, steht es nicht nur den stimmberechtigten Bürgern zu, sondern auch Frauen, ihres Stimmrechts beraubten Männern, und Ausländern, die in der Schweiz wohnen[2]; warum sollte es nicht auch Ausländern im Ausland zugestanden werden, wenn sie ein Interesse daran haben, und sogar minderjährigen Personen, sofern sie die natürliche Handlungsfähigkeit besitzen? Denn wenn auch das Petitionieren selbst ein Recht ist, so wird doch durch die Petition kein weiteres Recht geübt.

Art. 57 garantiert das Petitionsrecht an kantonale wie an Bundesbehörden; erlaubt ist die Petition *an jede Behörde*, sie ist aber nicht an jede Behörde gleich zweckmässig. Erlaubt sind Petitionen über jeden *Gegenstand;* zum Begriff der Petition gehört aber, dass sie, mittelbar oder unmittelbar, einem praktischen Zweck diene; rein theoretische Erörterungen bilden keinen tauglichen Inhalt einer Petition. Es darf

---

B. R. B. vom 2. Febr. 1897 betr. Statistik der schwachsinnigen, gebrechlichen und verwahrlosten Kinder der Schweiz, B. Bl. 1897, I, 237. B. B. vom 21. Dez. 1888 über die Petition des Grütlivereins betr. politische Polizei, B. Bl. 1889, I, 1. B. B. vom 7. Juli 1883 betr. Errichtung einer eidg. Strafanstalt, B. Bl. 1883, III, 72. B. B. vom 17. Dez. 1884 betr. Leichenverbrennung, B. Bl. 1885, I, 1 (motivierte Tagesordnung).

[1]) Es ist dies namentlich der Fall, wenn auf dem Petitionsweg bei der B. Vers. gegen den B. R. Beschwerde geführt wird; auf eine solche Petition hin kann die B. Vers. nur den B. R. zur Verantwortung ziehen über die kritisierte Handlung, wie über jede Amtshandlung; aufheben oder abändern kann sie sie aber nicht. Vgl. z. B. Petition der Postangestellten betr. Anwendung des Besoldungsgesetzes, B. Bl. 1900, IV, 867; 1903, I, 372, wo der B. R. die Kompetenz der B. Vers. bestritt, vgl. aber B. Bl. 1904, II, 499; Petition eines Privatverbandes von Grenzwächtern um Portofreiheit, worüber zu entscheiden der B. R. die Kompetenz vindizierte nach Art. 34 des Posttaxengesetzes vom 26. Juni 1884, B. Bl. 1898, III, 845: die B. Vers. entschied dementsprechend, B. Bl. 1899, II, 347. Ausführung des Fabrikgesetzes (Reduktion der Bewilligungen zur Nacht- und Sonntagsarbeit, B. Bl. 1895, I, 393; vgl. B. Bl. 1896, I, 789. Besonders ist dies zu sagen von den zahlreichen Gesuchen von Privaten, Beamten und Militärs um Entschädigungen, Gehaltsverlängerungen etc., wo der B. R. gewöhnlich Nichteintreten beantragt; die B. Vers. ist zur materiellen Behandlung nicht kompetent; denn wenn auch eine Kreditbewilligung erforderlich wäre, entscheidet doch die vollziehende (oder die gerichtliche) Behörde darüber, ob nach geltendem Recht ein solcher Anspruch rechtlich oder billigkeitshalber begründet ist. Richtig: B. Bl. 1901, IV, 189; Petition Foppa wegen Nichtwiederwahl und Entschädigung: Petition Capt: Funkenwurf, B. Bl. 1902, III, 605; vgl. 1903, II, 279, wo der B. R. der B. Vers. die Kompetenz bestritt. Vgl. Petition Fimian: Unterstützungsbegehren eines verunglückten Grenzwächters, B. Bl. 1902, I, 931; Petition Rossi: Besoldungsverlängerung, B. Bl. 1902, I, 1054; Petition Gehrig: Entschädigung eines Grenzwächters, B. Bl. 1898, II, 850; vgl. 1899, I, 349; Petition Bohy & Brack: Entschädigung wegen Aufhebung des Verbotes des gelben Phosphors, B. Bl. 1883, III, 152; 1884, II, 149, und Petition Fischer: Entschädigung wegen Wiederaufstellung des Verbotes, B. Bl. 1900, IV, 565; 1902, I, 933; Petition Wwe. Lang: Militärpension, B. Bl. 1901, IV, 1200: Petition Jenni: Militärentschädigung, B. Bl. 1901, IV, 1001. Rekurs des Kts. Neuenburg betr. Ausschluss einiger Gebietsparzellen von der Zolllinie, B. Bl. 1875, IV, 1219, abgewiesen durch die B. Vers. 1876, II, 709. Um das Petitionieren an eine inkompetente Behörde nicht zu begünstigen, sollte die B. Vers. dem B. R auch nicht eine Petition zur Berücksichtigung empfehlen, wie z. B. alte A. S. VI, 309, geschehen.

[2]) *Ullmer*, I, S. 179.

ferner verlangt werden, dass die Abfassung der Petition weder Recht noch Anstand verletze, und die Verletzung der Rechte Dritter wird nicht erlaubt dadurch, dass sie sich in die Form einer Petition kleidet; beleidigende Äusserungen einer Petition an die gesetzgebende Behörde sind nicht durch die parlamentarische Immunität gedeckt; B. Ger. vom 17. Dez. 1887 i. S. Monod, XIII, 380; *Ullmer,* I, S. 179[1]).

Was endlich die *Form* der Petition betrifft, so ist m. E. nur die schriftliche Mitteilung gewährleistet. Dagegen ist auch das gemeinsame Petitionieren Vieler gestattet; und damit auch die öffentliche Aufforderung zur Unterzeichnung einer Petition, sofern sie nicht in polizeiwidriger Weise geschieht; wie das Zustandekommen einer Massenpetition nicht wegen ihres unliebsamen, aber rechtmässigen Inhalts unterdrückt werden darf, so ist die Sammlung von Unterschriften nur verfassungsrechtlich geschützt, wenn sie sich nicht verbotener Mittel bedient[2]).

Bei Massenpetitionen fragt es sich ferner, ob eine Kontrolle der Echtheit der Unterschriften erlaubt sei. Da das Petitionsrecht jedermann und gegen jede Behörde zustehen soll, darf es m. E. nicht an die vorherige Mitwirkung einer Behörde, derjenigen, gegen welche vielleicht die Petition gerichtet ist, gebunden werden; es darf aber den Petitionären zugemutet werden, diejenigen Angaben zu machen, welche eine nachträgliche Kontrolle der Unterschriften ermöglichen, z. B. Angabe des Wohnortes, und es darf der Missbrauch des Petitionsrechts durch Fälschung von Unterschriften oder Anwendung unlauterer Mittel zur Gewinnung von Unterschriften bestraft werden[3]). Es ist klar, dass die Petitionäre ihre Eingabe nicht eventuell als Referendums- oder Initiativbegehren bezeichnen können, wenn die dafür geltenden Formen nicht beobachtet worden sind[4]).

Art. 58.

Niemand darf seinem verfassungsmässigen Richter entzogen, und es dürfen daher keine Ausnahmegerichte eingeführt werden.

Die geistliche Gerichtsbarkeit ist abgeschafft.

I. Geschichte[5]).

Die Garantie des verfassungsmässigen Richters wurde erst 1848 in die Bundesurkunde aufgenommen; die Protokolle der Tagsatzung berichten nur, dass inmitten der Beratung über die Kompetenzen des B. Ger. neben Anträgen über Vereinheitlichung des Rechts und der Rechtspflege,

---

[1]) B. Bl. 1850, III, 778; 1849, II, 9. Klageerhebung der Kantonsregierung wegen Beschimpfung in einer Petition an die Bundesbehörde; Edition der Eingabe durch den B. R.; B. Bl. 1867, I, 602—603.

[2]) *Ullmer,* II, Nr. 839; B. Bl. 1853, III, 603: Organisation und Tätigkeit des freiburg. Comité de Posieux zum Zwecke einer Massenpetition.

[3]) *Ullmer,* I, S. 179, wo der B. R. mit Recht erklärt, Art. 47 (= 57) B. V. fordere nicht, dass die Petitionen vidimiert oder beglaubigt seien, schliesse sogar jede Präventivmassregel aus. *Ullmer,* II, Nr. 840.

[4]) Vgl. den Bericht der N. R. K. vom 18. Juni 1890 über die Petiton Gasser betr. Bundeswappen, B. Bl. 1890, III, 624.

[5]) *Blumer-Morel,* I, 565.

über Verbot der Todesstrafe und der Vermögensentziehung, *Genf* ein Verbot der exzeptionellen Gerichte bei Beurteilung von politischen Vergehen beantragte, dass dieser Antrag angenommen wurde und in 2. Beratung die Fassung des heutigen 1. Absatzes erhielt[1]). Man dachte dabei wohl an die politischen Prozesse gegen die Liberalen im Wallis 1844 und den Konservativen Nessi im Tessin 1841; hier sprach ein Standgericht, dort ein besonders errichtetes Zentralgericht die Urteile über die überwundenen Aufrührer[2]). Art. 53 der B. V. von 1848 wurde als 1. Absatz des Art. 58 in den Revisionsverhandlungen von 1872 und 1874 unverändert beibehalten.

Als Folge der Glaubens- und Gewissensfreiheit und der Zivilehe beantragte der B. R. in seinem Revisionsentwurf vom 17. Juni 1870 als zweiten Absatz des Art. 53: «Auch kann niemand verhalten werden, sich in Eheangelegenheiten einer geistlichen Gerichtsbarkeit zu unterziehen.» Dieser Zusatz ging unverändert in den Entwurf von 1872 über[3]). Der B. R. erweiterte aber selbst die Fassung in seinem Entwurf vom 4. Juli 1873, so wie sie heute lautet, mit der Begründung, die vollständige Abschaffung der geistlichen Gerichtsbarkeit sei eine Folge der Unterscheidung zwischen dem bürgerlichen und dem religiösen Gebiet; es werde aber damit den Rechten jeder Religionsgenossenschaft und jeder Kongregation, nach ihrem Ermessen die Fragen betr. Dogmen, geistliche Disziplin etc. zu regeln, nicht zu nahe getreten. Aus den Verhandlungen der Kommissionen ist zu erwähnen, dass die von *Segesser* vorgeschlagene Fassung: «Niemand kann bürgerlich angehalten werden, in Ehesachen sich einer geistlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen», in der N. R. K. verworfen wurde, in der St. R. K. die Anträge, zu sagen: «In weltlichen Sachen ...» oder «In Zivilsachen ist die geistliche Gerichtsbarkeit abgeschafft.» Der N. R. stimmte dem b. r. Grundsatz zu nach Ablehnung zweier weniger absolut lautender Fassungen: «Niemand kann gezwungen werden, sich einer geistlichen Gerichtsbarkeit zu unterwerfen» *(Weck)* und «Die geistliche Gerichtsbarkeit hat keine Wirkung in bezug auf die zivilen und politischen Rechte des Bürgers» *(Zemp)*. Der St. R. verwarf einen ähnlichen Abänderungsantrag[4]).

II. Auslegung[5]).

Bei der Auslegung des Art. 58, Abs. 1, B. V. darf auf das Wort «verfassungsmässig» kein Gewicht gelegt werden; es ist damit nicht etwa derjenige Richter gemeint, der durch die kantonale Verfassung gewährleistet ist, sondern ebensowohl ein bloss gesetzlich gewährleisteter. Der französische Text spricht von «juge naturel», und wenn kantonale Verfassungen den «gesetzlichen», «ordentlichen» oder «natürlichen» Richter

---

[1]) Eidg. Absch. 1847, IV, S. 144, 271.

[2]) *Baumgartner,* IV, 18, 146. *Tillier,* Geschichte der Eidgenossenschaft 1830–48, II, 114, 189.

[3]) Prot der N. R. K. 1871, S. 89, 146; der St. R. K., S. 111. Prot. des N. R. 1871–72, S. 263 f., 557. Prot. des St. R. vom 3. Febr. 1873; *Bulletin,* 281. Der St. R. stimmte zuerst dem Antrage seiner Kommission zu, die Worte „in Eheangelegenheiten" zu streichen.

[4]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 27, 29, 38, 64; der St. R. K., S. 24, 29. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 159, 161, 165; 342, 349; 264 f.

[5]) Vgl. *Ganzonis* Korreferat über die Revision des Art. 59 B. V. Zeitschrift 1898, S. 738 ff.

garantieren, so wollen sie damit nichts anderes sagen als die B. V.; B. Ger., XVI, 487.

Der Sinn der Bestimmung lässt sich daher weniger aus ihrem Wortlaut als aus ihrem Zweck ableiten; er kann in allgemeiner Weise dahin formuliert werden: Der einzelne Streitfall soll nicht zum Nachteil des einzelnen Gerichtsgenossen der Kognition derjenigen richterlichen Behörde entzogen werden, die nach geltendem Recht zuständig ist, um einer für den vorliegenden Fall gebildeten Gerichtsbehörde oder einer bestehenden, aber nicht rechtsprechenden Behörde übertragen zu werden. Dieser allgemeine Rechtsgedanke bedarf aber der Ausführung im einzelnen.

Art. 58 *garantiert nicht eine bestimmte Gerichtsverfassung,* die Trennung der richterlichen von der ausführenden und gesetzgebenden Gewalt; B. Ger., IV, 12; XVI, 728; XXVII, 35; die Kantone sind auf diesem Gebiete souverän (vgl. Art. 64 und 64 bis B. V.) und dem Bunde über die Organisation ihrer Gerichtsbehörden nicht verantwortlich; B. Ger., X, 231. Art. 58 setzt zwar voraus, dass überall Straf- und Zivilprozesse wirklich durch gerichtliche Behörden beurteilt werden, postuliert es aber nicht, falls sie nicht existieren sollten. Art. 58 garantiert aber auch nicht die kantonale Gerichtsverfassung, wie sie besteht, mit allen ihren Gerichtsstandsnormen; B. Ger., VI, 208, 519; XVIII, 441, 732; XXIII, 26; XXIV, 438; XXVII, 35. Die Verletzung der kantonalen Zuständigkeitsnormen genügt daher an sich noch nicht zur Begründung eines auf Art. 58 gestützten Rekurses.

Art. 58 verbietet zunächst *eigentliche Ausnahmegerichte,* d. h. Gerichte, die zur Beurteilung eines oder einzelner individuell und nicht generell bestimmter Fälle geschaffen werden; ein Fall formeller Rechtsungleichheit: Das vom freiburgischen Regierungsrat 1853 zur Beurteilung der Teilnehmer am Aufstande vom 22. April gl. J. eingesetzte Kriegsgericht war dieser Art; *Ullmer,* I, Nr. 295, vgl. B. Ger., VII, 219; XIV, 168; XXIV, 438; XXVII, 35. Wenn Art. 58 nicht mit Leichtigkeit soll umgangen werden können, muss auch die Aufstellung eines neuen Gerichts mit generell bestimmter Zuständigkeit verboten sein, wenn sie mit Rücksicht auf einen bestimmten Fall geschieht und nicht durch triftige Gründe objektiver Rechtsprechung gefordert erscheint [1]. Als Ausnahmegericht kann auch das willkürlich besetzte ordentliche Gericht gelten; denn das bestorganisierte Gericht verliert jede Zuverlässigkeit, wenn es willkürlich besetzt werden kann; B. Ger. vom 19. Okt. 1889 i. S. Bolard, XV, 729: teilweise Besetzung eines gewerblichen Schiedsgerichts durch Richter, deren Amtsdauer abgelaufen war; vgl. X, 510. *Dubs,* II, 148.

Das wegen Ausstands der Richter mit Ersatzmännern besetzte Gericht ist kein Ausnahmegericht, sofern bei der Bestellung der Ersatzmänner nicht willkürlich verfahren wird; der Umstand, dass für die Bestellung der Ersatzmänner keine Gesetzesvorschrift besteht, weil der eingetretene Ausstandsfall vom Gesetz nicht vorgesehen ist, macht die Bestellung noch nicht zu einer willkürlichen; *Ullmer,* II, Nr. 894, 895; B. Ger. vom 31. Mai 1878 i. S. Rascher, IV, 216: Bestellung ausserordent-

---

[1]) Im Falle des b. ger. Urteils vom 3. Juli 1885 i. S. Speiser u. G., XI, 320, entzog der Grosse Rat von Freiburg nicht nur eine zivilrechtliche Streitigkeit dem ordentlichen Gerichte, um sie einem Ausnahmegericht zu unterbreiten, er entschied sie selber; vgl. Art 4, S. 76.

licher Ersatzmänner des Kleinen Rates durch den Grossen Rat ohne gesetzliche Ermächtigung; XIII, 101: durch die Ausstandserklärung wird der Partei nicht der verfassungsmässige Richter entzogen. Eine Rechtsverweigerung mehr als eine Aufstellung von Ausnahmegerichten ist es, wenn ein Kanton Vertragsparteien zwingt, ihre Streitigkeiten einem Schiedsgericht zu unterbreiten, und ihnen die staatlichen Gerichte verschliesst; B. Ger. vom 30. April 1886 i. S. Riunione adriatica di sicurtà, XII, 261[1]). — Alle die genannten Fälle wären übrigens auch dem Grundsatz des Art. 4 B. V. zuwider.

Art. 58, Abs. 1, verbietet aber, wie sein Wortlaut zeigt, nicht nur Ausnahmegerichte, er gewährt dem Einzelnen noch einen weitergehenden, aber nicht leicht zu bestimmenden prozessualischen Schutz. Es ist m. E. zu unterscheiden zwischen Straf- und Zivilprozessen einerseits und Verwaltungsstreitigkeiten andererseits. Art. 58 findet nicht im gleichen Umfang auf beide Anwendung.

Dass er auf Straf- *und* Zivilprozesse Anwendung finde, ist nie bestritten worden; B. Ger., XVIII, 441. Es ist deswegen nicht gesagt, dass Straf- und Zivilprozesse nur durch Gerichtsbehörden, oder gar, dass alle solche Prozesse nur durch die ordentlichen Gerichtsbehörden abgeurteilt werden sollen; die B. V. garantiert auch hier keine bestimmte Gerichtsverfassung[2]). Wenn aber für Straf- und Zivilsachen Verwaltungsbehörden ausnahmsweise zuständig sind, so gewährt art. 58 Schutz dagegen, dass ein von Gesetzes wegen der ordentlichen Gerichtsbarkeit zugewiesener Fall von der Verwaltungsbehörde beurteilt werde; die Beschwerde an die Bundesbehörde ist hier gegeben, schon wegen unrichtiger, nicht bloss willkürlicher Gesetzesanwendung[3]). Das kantonale Zuständigkeitsgesetz wird in dieser Beziehung zum Bundesrecht erhoben. Wenn daher dem Zivilgericht alle Zivilsachen, der Verwaltungsbehörde die Verwaltungsstreitigkeiten zugewiesen sind, ist Art. 58 B. V. dadurch verletzt, dass eine Zivilsache unrichtigerweise als Verwaltungssache behandelt und von der Verwaltungsbehörde entschieden wird. Von diesem Gesichtspunkte aus hatte das B. Ger. in einer Anzahl von Fällen zu untersuchen, ob die Streitigkeit zivilrechtlicher oder administrativer Natur sei, wobei in erster Linie das kantonale Recht massgebend war. Es wurde u. a. entschieden: das Verbot, den Seestrand zu Ablagen zu benutzen, ist, wenn in Ausübung des Hoheitsrechtes des Staates über öffentliche Gewässer erlassen, eine öffentlichrechtliche Eigentumsbeschränkung: XI, 149; wenn eine Stadt den Stadtboden privatrechtlich vermietet, kann sie nur auf Grund allgemein verbindlicher

---

[1]) Eine schwyzerische Verordnung schrieb vor, dass Streitigkeiten zwischen dem Versicherer und dem Versicherten durch ein Schiedsgericht erledigt werden; da die Rekurrenten unter Anerkennung dieser Vorschrift Versicherungspolicen geschlossen, nahm das B. Ger. mit Recht an, es liege darin gegenüber dem Versicherten ein Schiedsgerichtsvertrag.

[2]) Die Frage, ob für einen Eigentümer kraft Expropriationsgesetzes die Abtretungspflicht bestehe, kann mit gutem Grunde als eine zivilrechtliche betrachtet werden; wenn sie aber, wie durchwegs der Fall, durch eine Verwaltungsbehörde entschieden wird, so verletzt diese Zuständigkeitsnorm Art. 58 nicht. B. Ger. vom 24. Nov. 1876 i. S. Christ, II, 437.

[3]) So erklärte das B. Ger. mit Urteil vom 3. Febr. 1882 i. S. Kunfermann, VIII, 26. der Entschädigungsanspruch wegen Beschädigung eines Grundstückes durch Tiere sei ein zivilrechtlicher Anspruch, der nicht von der Feldpolizeibehörde der Gemeinde zu beurteilen sei, vgl. XXVIII, 25.

Polizeivorschrift den Mietern die Ausübung lärmender Gewerbe untersagen: XIV, 71; die Feststellung der Gebühren für amtlich bestellte Sachverständige ist keine Anmassung von Zivilgerichtsbarkeit: XII, 256; die Entscheidung von Gerichtsstandsfragen, wenn auch gewöhnlich den Gerichten selbst zugewiesen, ist doch eine staatsrechtliche: IV, 216[1]); die auf Grund dieser Kompetenz getroffene Entscheidung der Verwaltungsbehörde darf sich aber nicht auf die Begründet- oder Unbegründetheit der Klage stützen[2]). Steueranstände sind nicht privatrechtlicher, sondern verwaltungsrechtlicher Natur: II, 404[3]); ebenso Streitigkeiten über das Gemeindevermögen: V, 355, speziell Schulfonds: XI, 308; die Kosten der Verpflegung armer Angehöriger anderer Kantone können durch die Verwaltungsbehörde der Gemeinde auferlegt werden: II, 408; desgleichen die durch die Okkupation der Gemeinde verursachten Kosten: I, 325.

Und selbstverständlich ist, dass, wenn eine Verwaltungsbehörde sich ohne irgend welche gesetzliche Ermächtigung die Entscheidung einer Zivilstreitigkeit anmasst, Art. 58 B. V. und möglicherweise der kantonalrechtliche Grundsatz der Trennung der Gewalten verletzt ist[4]). Die Frage, ob Art. 58 B. V. auch dadurch verletzt sei, dass eine Zivilsache wegen unrichtiger Beurteilung ihrer Natur oder unrichtiger Auslegung des Zuständigkeitsgesetzes durch ein Verwaltungs*gericht* beurteilt wird, statt durch ein Zivilgericht, ist wohl richtiger zu bejahen, obschon zuzugeben ist, dass eine schwere Gefährdung des Rechtsschutzes darin nicht liegt; wenn auch ein Verwaltungsgericht dem Rechtsuchenden mehr Garantie gewährt als eine reine Verwaltungsbehörde, so sind doch die Grundsätze des Verfahrens dem Rechtsuchenden weniger günstig[5]). Art. 58 garantiert m. E. nicht auch umgekehrt, dass Verwaltungsstreitigkeiten nicht der Kognition der Verwaltungsbehörden oder Verwaltungsgerichte entzogen werden; auch wo eigentliche Verwaltungsgerichte bestehen, sind sie nicht als der verfassungsmässige, natürliche Richter der B. V. zu betrachten, sondern als eine darüber hinaus gegebene Garantie unparteiischer Rechtsanwendung, denn die B. V. konnte diese richterliche Instanz nicht als eine überall vorhandene voraussetzen. Es kann aber, wie überall, wegen willkürlicher Gesetzesanwendung Beschwerde erhoben werden.

---

[1]) Die Begründung dieses Urteils vom 31. Mai 1878 i. S. Rascher ist deshalb nicht zutreffend, weil kraft positiver Gesetzesvorschrift dem Kleinen Rat auch zivilrechtliche Fragen zur Entscheidung hätten übergeben werden können.

[2]) Das ist das Richtige am Urteil vom 18. Juli 1895 i. S. Schweizer, XXI, 689; dass der Kleine Rat seine Entscheidung nicht nur auf das Petitum der Klage, wie es lautete, stützte, sondern auf die ganze Gestaltung der Sache, durfte ihm nicht zum Vorwurf gemacht werden; eine Verletzung des Art. 58 B.V. war übrigens nicht vorhanden, weil es sich nur um die Zuständigkeit von Zivil- oder Strafrichter handelte und zudem die Klage ihrer Natur nach eine strafrechtliche war.

[3]) Die Untersuchung über Steuerdefraudationen kann daher durch das Bezirksamt geführt werden, vgl. B. Ger. XXVIII, 139: „Verwandtensteuer".

[4]) Vgl. den typischen Fall: B. Ger. vom 8. Okt. 1902 i. S. Manzocchi, XXVIII, 352, wo die Urner Polizei eigenmächtig über einen Entschädigungsanspruch entschied, den angeblich Verletzten aus der Tasche des Angesprochenen befriedigte und ausserdem eine Kaution (!) erhob; der also Verurteilte wurde schliesslich noch wegen Widersetzlichkeit gegen einen Amtsbefehl gerichtlich bestraft; das B. Ger. hob dieses Urteil auf, ohne Art. 58 zu erwähnen.

[5]) B. Ger. vom 13. Sept. 1879 i. S. Sins, V, 355; es handelte sich darum, ob eine Streitigkeit über Teilung des Gemeindevermögens durch das Obergericht als Verwaltungsgericht zu beurteilen sei; das B. Ger. untersuchte die im Text erörterte Frage nicht.

Spezialgerichte als solche sind nicht dem Grundsatz des Art. 58 zuwider; B. Ger. vom 18. Juni 1881 i. S. Solari, VII, 219; die B. V. verlangt nur, dass sich die Aufstellung von Spezialgerichten aus objektiven Gründen rechtfertige, m. a. W. die Rechtsgleichheit nicht verletze (vgl. Art. 4); nicht jede unrichtige Auslegung der Normen, welche die Kompetenzen zwischen ordentlichen und Spezialgerichten ausscheiden, verletzt Art. 58, da die Gerichtsbarkeit des Spezialgerichtes namentlich in Zivilsachen nicht als nachteilig zu vermuten ist[1]). Ist aber die Kompetenz des Spezialgerichts für den Beurteilten nachteilig, so hat die Bundesbehörde jede unrichtige, nicht nur die willkürliche Überweisung als verfassungswidrig zu erklären. Nachteilige Gerichte für den Angeschuldigten sind namentlich solche, welche zu besonders strenger Ahndung der Vergehen berufen sind, oder vermöge ihrer Zusammensetzung dahin neigen, wie Standgerichte, Kriegsgerichte oder auch blosse Militärgerichte. Die Bundesbehörden haben mehrmals erklärt, die Militärgerichtsbarkeit müsse als die Ausnahme betrachtet werden, die durch eine ausdrückliche Vorschrift vorgesehen sein müsse[2]). Selbstverständlich dagegen ist Art. 58 nicht dadurch verletzt, dass der Angeschuldigte *nicht* vor Militärgericht gestellt wird; B. Ger. vom 12. März 1880 i. S. Kink, VI, 6.

Blosse *Ordnungsstrafen* wegen Ordnungswidrigkeiten im Zivilprozessverfahren können durch das Zivilgericht ohne eigentliches Strafverfahren ausgesprochen werden; B. Ger. vom 16. Febr. 1883 i. S. Rupli, IX, 23.

Wenn nicht die Zuständigkeit einer Verwaltungsbehörde oder eines nachteiligen Spezialgerichts in Zivil- oder Strafsachen in Frage steht, sondern die Zuständigkeit zweier Gerichte, gewährleistet Art. 58 nicht die richtige Anwendung der kantonalen Zuständigkeitsnormen; die Verfassungsbestimmung ist daher nicht schon dadurch verletzt, dass sich ein unzuständiges Gericht zuständig erklärt, oder zuständig erklärt wird, entgegen den Regeln der örtlichen oder sachlichen Zuständigkeit; auch dann nicht, wenn ein Gericht im Widerspruch mit einer kantonalen Verfassungsbestimmung durch kantonales Gesetz oder durch Verordnung

---

[1]) Im Urteil vom 19. März 1902 i. S. Baschnonga u. Willi, XXVIII, 25, untersuchte das B. Ger. nur, ob es willkürlich sei nach bündnerischem Recht, die Schadenersatzklage eines Flössers an den andern durch die Flössereikommission beurteilen zu lassen; das ist richtig, sofern die Flössereikommission nicht vorwiegend Verwaltungsbehörde ist, in welchem Falle das über Ausscheidung der Kompetenzen zwischen Gerichts- und Verwaltungsbehörden Gesagte gilt.

[2]) *Ullmer,* II, Nr. 892, wo die Militärbehörde inkompetent erklärt wurde, da nach richtiger Auslegung des Bundesgesetzes über die Strafrechtspflege für die eidg. Truppen vom 27. Aug. 1851 und des kant. Reglementes nur die während des aktiven Dienstes verübten Handlungen der Militärgerichtsbarkeit unterstellt seien. B. Ger. vom 7. Mai 1875 i. S. Matzig, I, 126: Bestrafung eines Militärs wegen ungebührlichen Betragens ausser Dienst gegenüber einer Militärbehörde. Die Kritik *Blumer-Morels,* I, 565 f., scheint mir auf unrichtiger Auslegung des Art. 102 der M. O. vom 8. Mai 1850 zu beruhen; im Falle des Urteils vom 17. Dez. 1887 i. S. Monod, XIII, 381, wurde mit Recht eine ähnliche Strafverfügung der waadtländischen Militärbehörde aufgehoben, weil sie sich auf kein waadtländisches Gesetz stützen konnte und das B. Ges. von 1851 nicht anwendbar war. Anders verhält es sich unter Art. 1, Ziffer 5, der Mil. St. G. O. vom 28. Juni 1889, welcher ausdrücklich die militärpflichtigen Personen ausserhalb des Dienstes mit bezug auf ihre dienstlichen Pflichten der Militärgerichtsbarkeit unterstellt. Vgl. B. Ger. vom 22. März 1899 i. S. Huber, XXV, 8; fraglich konnte nur die Zulässigkeit der Busse sein; vgl. Art. 1, Eingang.

zu urteilen berufen wird[1]). Im Gegensatz zu Art. 59, garantiert Art. 58 nicht einen bestimmten Gerichtsstand in Strafsachen, z. B. weder den Gerichtsstand des Wohnortes, noch denjenigen des Begehungsortes; B. Ger. vom 9. März 1878 i. S. Müller, IV, 12 (Begehungsort bei Injurien); VI, 208, XVI, 728 (ebenso); vgl. oben Art. *55*. Der Gerichtsstand des Wohnortes ist zulässig: B. Ger., 29. April 1892, i. S. Schär und Jordi, XVIII, 25: aber nicht gewährleistet: B. Ger., 22. Sept. 1898, i. S. Schächtlin, XXIV, 438; XIV, 21. Daher enthält auch die Vorschrift nichts Bundesrechtswidriges, dass das Kassationsgericht das aufgehobene Urteil an ein *anderes* Strafgericht zurückweisen soll: B. Ger. XXI, 326; XXVII, 35. Art. 58 enthält ebensowenig eine Norm darüber, ob Injurienklagen vor dem Zivil- oder Strafgericht anzubringen seien, B. Ger. vom 26. Mai 1897 i. S. Schweizer, XXIII, 537[2]), und unter welchen Voraussetzungen in diesem und in andern Fällen das Forum der Widerklage gegeben sei; B. Ger. vom 5. Febr. 1902 i. S. Grobitz & fils, XXVIII, 23: Verrechnung mit einer nicht konnexen Gegenforderung; vom 20. März 1901 i. S. Brun, XXVII, 35: Zivilrechtliche Widerklage bei Injurienklage am forum delicti commissi.

Aus Art. 58 ist auch keine besondere Norm über *interkantonale* Zuständigkeitskonflikte zu entnehmen; wenn das Gericht nach dem Recht seines eigenen Kantons kompetent ist und ohne Missachtung von Art. 58 B. V. kompetent sein kann, so verhindert diese Bestimmung seine Kompetenz auch nicht, weil das Gericht eines andern Kantons mit besserem Recht kompetent wäre; das B. Ger. hat nur einzuschreiten, wenn ein Konflikt wirklich vorliegt, und dann nicht auf Grund unseres Verfassungsartikels; B. Ger., I, 166, 178; III, 215, 446; möglicherweise schreibt Art. 55 einen bestimmten Gerichtsstand vor: IV, 12, vgl. 208. Vgl. XIV, 377.

Das B. Ger. hat dagegen eine Verletzung von Art. 58 angenommen, wenn jemand in willkürlicher Weise vor ein anderes als das gesetzlich zuständige Gericht gestellt werde; B. Ger., VI, 519; XVI, 728; XXIII, 537; XXVII, 35; vielleicht wäre auch der Fall XXVIII, 345, mit Rücksicht darauf anders zu entscheiden gewesen. Es scheint mir richtiger, hierin nur einen Anwendungsfall von Art. 4 B. V. zu sehen und Art. 58 ausser Spiel zu lassen.

Zur eigentlichen Rechtsverweigerung steht die Garantie des verfassungsmässigen Richters in logischem Gegensatz: die Rechtsverweigerung besteht darin, dass der kompetente Richter Recht zu sprechen verweigert oder dass kein kompetenter Richter vorhanden ist; der Art. 58 ist dadurch verletzt, dass ein unzuständiger Richter sich der Sache bemächtigt; im ersten Fall wird rekurriert, weil nicht gerichtet, im zweiten, weil zu Unrecht gerichtet wird; richtig: IX, 403; im Falle XI, 155, waren beide in Frage, Art. 4 und 58; unrichtig in dieser Beziehung XXIII, 537.

---

[1]) B. Ger. vom 18. Juni 1903 i. S. Christen, XXIX, 161; der Ausschuss des nidwaldischen Kantonsgerichts war durch Verordnung des Kantonsrates für Beurteilung der strafbaren Militärsteuerverweigerungen zuständig erklärt worden, während die K. V. als einziges Strafgericht das Kantonsgericht bezeichnete; es scheint hier ein typischer Fall von Beseitigung des „verfassungsmässigen“ Richters vorzuliegen; in Wirklichkeit ist nur die K. V. verletzt, denn wenn die missachtete Vorschrift nicht in der K V. stünde, wäre keine Beschwerde an die Bundesbehörde gegeben gewesen, willkürliche Auslegung vorbehalten.

[2]) In der Tatsache, dass ein Strafanspruch durch ein Zivilgericht beurteilt wird, oder umgekehrt, liegt an sich nichts nach Art. 58 B. V. Unzulässiges; vgl. Art. *59*.

Auf die Garantie des verfassungsmässigen Richters kann im einzelnen Anwendungsfalle *verzichtet* werden, wenn der Anspruch, über welchen geurteilt wird, verzichtbar ist. Ob dies der Fall ist, entscheidet sich nach dem Recht, in welchem der Anspruch begründet ist. Bei der Geltendmachung von vermögensrechtlichen Ansprüchen wird daher in der Regel die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des «verfassungswidrigen» Richters das Beschwerderecht ausschliessen, B. Ger., XIII, 101, während der Angeklagte in der Regel nicht auf das Recht, vom zuständigen Strafgericht beurteilt zu werden, verzichten können wird[1]. Das Urteil kann aber nach geltendem Prozessrecht trotz dieser Anerkennung wegen Unzuständigkeit des Gerichts nichtig sein[2]. Eine andere Frage ist es, ob der B. R. gemäss Art. 102, Ziffer 2, der B. V. wegen Verletzung des Art. 58 von Amtes wegen einschreiten soll, vgl. Art. *102, Ziff. 2.*

Abs. 2[3]. Unter **geistlicher Gerichtsbarkeit** ist die Ausübung staatlicher Rechtspflege durch geistliche Behörden zu verstehen.

Dass die Kirche nicht mehr allgemein verbindliche Gesetze erlassen kann, ist selbstverständlich und brauchte nich besonders gesagt zu werden (Art. 49, Abs. 4)[4]; viel länger als die Gesetzgebung übte aber die Kirche noch die Rechtsprechung mit staatlicher Einwilligung aus, namentlich in Ehesachen. Das für alle geltende Recht soll nicht durch Behörden angewendet werden, die einer besonderen Religionsgenossenschaft angehören; das ist nur eine besondere Anwendung des in Art. 49, Abs. 4, ausgesprochenen und bereits in Art. 53, Abs. 1, angewendeten Grundsatzes.

Art. 58 spricht nur von Gerichtsbarkeit, d. h. von der Rechtsprechung in streitigen Zivil- und Strafsachen. Der Begriff der Gerichtsbarkeit des Art. 58, Abs. 2, deckt sich also nicht mit dem kanonischen Begriff der Jurisdiktion, wie das B. Ger. richtig bemerkte: 2. April 1887 i. S. Stoppani u. G., XIII, 128. Damit ist aber nicht gesagt, dass verwaltungsrechtliche Funktionen durch geistliche Behörden ausgeübt werden dürfen; das Gegenteil geht zur Genüge aus dem allgemeinen Grundsatz des Art. 49, Abs. 4, hervor[5].

Eine Gerichtsbehörde ist als geistliche zu betrachten, nicht nur wenn sie vollständig der kirchlichen Hierarchie angehört, sondern auch wenn sie durch den Staat nach staatlichem Gesetz gebildet wird, wenn

---

[1]) Unrichtig ist m. E. das Urteil des B. Ger. vom 6. März 1885 i. S. Jud, XI, 13; der wegen Hehlerei Angeklagte konnte nicht gültig auf seinen kompetenten Richter verzichten.

[2]) Mit dem Verzicht auf das verfassungsmässige Recht ist nicht zu verwechseln der Verzicht auf das Rekursrecht; auf das verfassungsmässige Recht wird verzichtet durch Zustimmung zum verfassungswidrigen Gerichtsstand; auf das Rekursrecht durch Anerkennung der erlassenen Verfügung. Ist auf das verfassungsmässige Recht vorher gültig verzichtet worden, so entsteht schon deshalb kein Rekursrecht, weil die Verfügung nicht mehr verfassungswidrig ist. Vgl. B. Ger., XXVII, 199 (Pressrecht).

[3]) *Blumer-Morel,* I, 569 ff. Die ältere Praxis, z. T. bei *Hafner,* Zeitschr. für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege, IV, 396 ff.

[4]) B. Ger. vom 24. Febr. 1882 i. S. Comune di Cademario, VIII, 14; gleichgültig ist an sich, ob das staatliche Gesetzesrecht inhaltlich mit dem kanonischen Recht übereinstimme.

[5]) Unrichtig daher das b. ger. Urteil vom 10. Mai 1889 i. S. Lussi, XV, 19, wo es zulässig erklärt wurde, dass die Erlaubnis zur Vornahme von Sonntagsarbeiten vom Pfarramte erteilt werde, weil dies eine administrative und keine richterliche Funktion sei; IV, 510.

aber von Gesetzes wegen Personen, die mit einem geistlichen Amte betraut sind, in die Behörde berufen werden[1]).

Art. 58, Abs. 2, verbietet aber nicht, dass innerhalb der Kirche, d. h. über die Mitglieder derselben, eine kirchliche Behörde die für die Kirche geltenden Vorschriften anwende und danach Recht spreche; nur das wäre verfassungswidrig, wenn der Staat einer kirchlichen Behörde die Rechtspflege nach staatlichen Gesetzen über die Mitglieder dieser Kirche übertragen wollte. Ihre eigenen Vorschriften darf die Kirche aber durch ihre Organe anwenden. Sie ist darin nur beschränkt durch das Verbot des Art. 49, Abs. 2 (Strafen wegen Glaubensansichten) und ihre ganze Gerichtsbarkeit erhält den Charakter einer bloss disziplinarischen durch das allen Mitgliedern gewährleistete Recht, sich ihr durch den Austritt zu entziehen (Art. 49, Abs. 2)[2]).

Das B. Ger., wie der B. R., entschieden auf Grund des Art. 2, verglichen mit Art. 4 der Ü. B., die geistlichen Gerichte seien mit dem Augenblicke des Inkrafttretens der B. V. ohne weiteres aufgehoben worden; es zog aber «aus praktischen Gründen» nicht die notwendige Folgerung daraus, dass die durch geistliche Gerichte nach dem 29. Mai 1874 gefällten Ehescheidungsurteile null und nichtig seien (B. Bl. 1875, II, 596); B. Ger. vom 28. Januar 1875 i. S. Kaiser, I, 129; vom 2. Juni 1876 i. S. Bühler-Gmür, II, 199. Eben diese Konsequenz zeigt m. E., dass der Art. 54, Abs. 2, B. V. nicht diesen absoluten Sinn haben konnte; es ist Pflicht des Richters, das Gesetz stets für vernünftig zu halten, auch wenn historisch erwiesen ist, dass es der Gesetzgeber nicht war.

Der Rechtsuchende kann im einzelnen Falle auf die Garantie des Art. 58, Abs. 2 verzichten und die geistliche Gerichtsbarkeit anerkennen, wie er im einzelnen Fall auf die Geltendmachung der Glaubens- und Gewissensfreiheit verzichten kann; das Urteil wird aber dadurch nicht gültig, weil die Anerkennung der Parteien zwingendem Rechte zuwider dem Gerichte die Zuständigkeit nicht verleihen kann, B. Ger. II, 199; möglicherweise liegt aber darin ein Schiedsgerichtsvertrag.

Art. 59.

Der aufrechtstehende Schuldner, welcher in der Schweiz einen festen Wohnsitz hat, muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht, und es darf daher für die Forderungen

---

[1]) Im Urteil vom 4. Febr. 1875 i. S. Buff, I, 134, erklärte das B. Ger. es für unzulässig, dass der Staat in den Behörden, welche beim Abschluss oder bei der Trennung der Ehe zu funktionieren haben, einer bestimmten Kirche als solcher eine offizielle, ausschliessliche oder auch nur teilweise Vertretung einräume. B. Ger. vom 26. Nov. 1879 i. S. Bader, V, 440, wo das als Sühnegericht in Ehescheidungssachen funktionierende Sittengericht aus Mitgliedern des Kirchgemeinderats gebildet wurde.

[2]) Es bedurfte daher m. E. keiner längeren Begründung, um darzutun, dass die geistliche Jurisdiktion, die das tessinische Gesetz vom 21. März 1886 dem Ordinarius übertrug, nicht die von Art. 54, Abs. 2, gemeinte Gerichtsbarkeit war: B. Ger., XIII. 128; ebenso war das Urteil vom 7. Dez. 1878 i. S. der kathol. Kirchgemeinde in Luzern, IV, 510, zu begründen.

auf das Vermögen eines solchen ausser dem Kanton, in welchem er wohnt, kein Arrest gelegt werden.

Vorbehalten bleiben mit bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglicher Staatsverträge.

Der Schuldverhaft ist abgeschafft.

I. Geschichte.

Es gehört nicht zu unserer Aufgabe, die vorstehende Bestimmung bis auf ihre Entstehung im alten eidgenössischen Recht zu verfolgen; es sei dafür lediglich verwiesen auf die Arbeit von *Emil Welti*, Der Gerichtsstand in Forderungsstreiten nach den bis 1798 abgeschlossenen eidgenössischen Staatsverträgen. Diss. Bern 1880 [1]). Die *helvetische Republik* mit ihrer einheitlichen Gerichtsverfassung im einen Staate bedurfte einer ähnlichen Verfassungsgarantie nicht, und die *Mediationsakte* sowohl als der *Bundesvertrag von 1815* nahmen den alten, aber nie in allgemeingültige Form gekleideten Grundsatz nicht auf.

Alle Kantone fanden sich aber schon am 15. Juni 1804 bereit, durch Konkordat zu vereinbaren: «dass der sesshafte, aufrechtstehende Schuldner, den alten Rechten gemäss, vor seinem natürlichen Richter gesucht werden müsse und in Fällen von Schuldbetreibungen von einem Eidgenossen gegen den andern danach zu verfahren sei.» Dieses Konkordat wurde am 8. Juli 1818 bestätigt, und am 21. Juli 1826 dahin erläutert, dass die Kantonsregierungen für die Anwendung des Konkordates unmittelbar von sich aus zu wachen haben, so dass dieselbe dem Entscheide gerichtlicher Behörden nicht unterworfen sein solle. (Offiz. Sammlg., I, 282; II, 109, 152, 261.) Zu erwähnen sind ferner das Konkordat über das Konkursrecht in Fallimentsfällen vom 15. Juni 1804, bestätigt am 8. Juli 1818 (Offiz. Sammlg., I, 284; 20½ Stände) und das Konkordat über die Effekten eines Falliten, die als Pfand in Kreditorshänden in einem andern Kanton liegen, vom 7. Juni 1810, bestätigt den 8. Juli 1818 (Offiz. Sammlg., I, 285; 20½ Stände), welche grundsätzlich die Einheit des Konkurses am Wohnsitz für das bewegliche Vermögen vorschrieben [2]). Im Gegensatz zu diesem Gerichtsstand des Wohnsitzes verwiesen folgende Konkordate auf Gesetzgebung und Gerichtsbarkeit des *Heimat*kantons: das Konkordat vom 6. Juli 1821 über die Behandlung von Ehescheidungsfällen (Offiz. Sammlg., II, 39), von 13½ Ständen unterzeichnet, für Ehescheidungs- oder Trennungsklagen und die daraus hervorgehenden Fragen wegen Sonderung der Güter und anderen ökonomischen Verhältnissen und Pflichten, unter Vorbehalt der Befugnis des kompetenten Richters, die Sache an den Richter des Wohnortes zu delegieren; das Konkordat über vormundschaftliche und Bevogtigungsverhältnisse vom 15. Juli 1822 (Off. Sammlg., II, 34), dem 15 Stände bei-

[1]) Ferner ist zu vergleichen: *A. Heusler*, Das forum contractus und das schweizerische Bundesrecht. Zeitschr. A. F. XXI, 1881, 23 ff. *Nüscheler*, Beiträge zur Geschichte des heimatlichen Gerichtsstandes. Diss. Zürich 1880.

[2]) Vgl. *Rognin*, Conflits des lois suisses. Lausanne 1891, 715 ff.

traten, welches mit wenigen Einschränkungen die Vormundschaft zur Sache des Heimatkantons machte; und endlich stellte das von 13 Ständen geschlossene Konkordat über Testierungsfähigkeit und Erbrechtsverhältnisse, gl. D. (ibid. II, 36), den gleichen Grundsatz auf für Erbstreitigkeiten, inbegriffen Streitigkeiten über Eheverkommnisse und Eheverträge[1]). Unter den nichtkonkordierenden Kantonen war der Gerichtsstand der Heimat die Regel bei Bürgerrechts- und Statusfragen, während über die Zuständigkeit in Vormundschaftssachen, im ehelichen Güterrecht und im Erbrecht keine Übereinstimmung herrschte.

Der *Entwurf von 1832* stellte in Art. 40 den Grundsatz auf: «Sämtliche Kantone haben die gegenseitige Verpflichtung: .... *b)* den aufrechtstehenden schweizerischen Schuldner einzig vor dem Richter seines Wohnortes belangen zu lassen.» Der Entwurf von 1833 in anderer Fassung als Art. 35, Abs. 2: «Der sesshafte, aufrechtstehende schweizerische Schuldner muss für persönliche Ansprachen vor dem Richter seines Wohnortes gesucht werden.[2])»

In der *Revisionskommission von 1848* schlug die I. Sektion den gleichen Wortlaut vor, mit dem Zusatz: «und es darf daher für Forderungen auf das Vermögen eines solchen kein Arrest gelegt werden.» Die Kommission stimmte zu. In der Tagsatzung wurde Streichung oder Einschränkung des Arrestverbotes auf Forderungen, die nicht durch vollstreckbare Urkunden dargetan sind, verlangt. Dem Streichungsantrage wurde u. a. entgegengehalten, es sollen alle Gläubiger vor den gleichen Richter gelangen, der sie gleichmässig befriedigen werde.

In zweiter Beratung wurde eine durch Einschaltung der Worte: «ausser dem Kanton» entsprechend der heutigen veränderte Fassung vorgelegt und ohne Diskussion angenommen, ohne dass der Grund dieser Veränderung ersichtlich wäre[3]).

Die *Revisionsverhandlungen von 1872* und *1874* veränderten diese Bestimmung insofern, als das Wort «schweizerische» vor «Schuldner» gestrichen und nach «festen Wohnsitz» die Worte «in der Schweiz» beigefügt wurden[4]). Was den 3. Absatz anbelangt, so beantragte zunächst *Jolissaint* ohne Erfolg in der N. R. K. von 1871 den Zusatz: «Der Schuldverhaft ist unzulässig» (d. h. soweit er als Exekutionsmittel für Privatforderungen angewendet werden will); der jetzige 3. Absatz wurde aber im N. R. 1872 angenommen und im St. R. bestätigt[5]). Endlich machte ein Mitglied des N. R. i. J. 1874 darauf aufmerksam, dass nach dem Vertrage mit Frankreich vom 15. Juni 1869 Frankreich dieses Prinzip wohl anerkenne zwischen Schweizern und Franzosen, nicht aber zwischen Franzosen, die in der Schweiz wohnen, und um mit bestehenden Verträgen nicht in Widerspruch zu kommen, wurde der heutige 2. Absatz vorgeschlagen und angenommen[6]).

---

[1]) Nach Auslegung des B. R. nur sofern sie Bestimmungen über Regulierung der Successionsverhältnisse betreffen; *Ullmer,* I, Nr. 559. *Roguin,* a. a. O., 220 ff.

[2]) *Blumer-Morel,* I, 525 f.

[3]) Prot. der Revisionskommission, S. 146, 156, 176, 199. Abschiede 1847, IV, S. 96, 271.

[4]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 348, 265.

[5]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 146; des N. R. 1872, S. 263, 557; Prot. des St. R. vom 3. Febr. 1872.

[6]) Prot. der eidg. Räte 1833—74, S. 265, 375.

II. Auslegung[1].

A. Der Gerichtsstand des Wohnortes.

1. Bedeutung der Bestimmung im allgemeinen.

Die verfassungsmässige Garantie des Gerichtsstandes des Wohnsitzes hat seit 1874 durch das Inkrafttreten einiger Bundesgesetze, namentlich des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes vom 11. April 1889 an Bedeutung erheblich verloren; dieses Gesetz bestimmt den Gerichtsstand der Betreibung und des Arrestes, sowie einiger anlässlich der Betreibung entstehenden Streitigkeiten[2]. Dieses ganze Gebiet ist der Herrschaft des Art. 59 B. V. entzogen; das Gesetzesrecht gilt ausschliesslich und ohne Rücksicht darauf, ob es mit dem Verfassungsgrundsatz übereinstimme (vgl. Art. *113, Abs. 3*). Die Klagen, deren Gerichtsstand in Art. 43 und 49 des Zivilstands- und Ehegesetzes, vom 24. Christmonat 1874, nämlich Klagen auf Ehescheidung mit ihren pekuniären und persönlichen Folgen, und auf Ungültigkeit einer Ehe, und im B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter, vom 25. Juni 1891, bestimmt ist, nämlich die personen-, familien- und erbrechtlichen Klagen, wurden zwar nie als persönliche Ansprachen i. S. des Art. 59 B. V. betrachtet; wenn aber die Grenzbestimmung zwischen Art. 59 und diesen Spezialgesetzen streitig würde, wäre lediglich nach Inhalt dieser letzteren, als der besondern Normen zu entscheiden. Das Gesagte gilt auch für die in folgenden Bundesgesetzen enthaltenen Gerichtsstandsnormen: Gesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen und Dampfschiffen (A. S. XIII, 644), Art. 27, Abs. 4, 53, 54; Gesetz betr. Bau und Betrieb von Eisenbahnen vom 23. Dez. 1872, Art. 8; vgl. Verordnung betr. die Konzessionen der Dampfbootunternehmungen vom 24. Nov. 1882 (A. S. VI, 601), Art. 26; Gesetz betr. Beaufsichtigung von Privatunternehmungen im Gebiete des Versicherungswesens vom 25. Juni 1885 (A. S. VIII, 171), Art. 2, Ziffer 4; Gesetz betr. die Beaufsichtigung der Auswanderungsagenturen vom 22. März 1888 (A. S. X, 652), Art. 21; Gesetz betr. den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche vom Bund und gegen denselben angehoben werden, vom 20. Nov. 1850 (A. S. II, 74). Die Auslegung dieser einzelnen Gesetzesbestimmungen geht über den Rahmen unserer Arbeit hinaus und soll daher nur, soweit zum Verständnis der Verfassungsbestimmung notwendig, versucht werden.

---

[1]) Vgl. *E. Rognin,* L'art. 59 de la Constitution fédérale, gekr. Preisschrift des Schweiz. Juristenvereins, Lausanne 1880; *Ders.,* Conflits des lois suisses, Lausanne 1891, S. 481—608. *Schoch,* Art. 59 der Schweiz. Bundesverfassung, Zürich 1882. ***Muheim,*** Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im schweiz. Privatrecht, Diss., Altorf 1887, S. 263 ff. ***Max Schwabe,*** Zur Lehre vom Gerichtsstand, Basel 1903. ***Blumer-Morel,*** I, 523 ff. Ferner die Referate von ***Roguin*** und ***Ganzoni*** im Schweiz. Juristenverein über die Frage: Soll ein Bundesgesetz über den Gerichtsstand in Zivilsachen erlassen und allfällig Art. 59 B. V. entsprechend revidiert werden? Zeitschrift N. F. XVII. 1898, S. 697—760; Diskussion S. 801—813. Die Praxis des B. R. und der B. Vers. aus den Jahren 1864—1874 ist mit einigen kritischen Bemerkungen in systematischer Ordnung dargestellt worden durch ***Hafner,*** in der Zeitschrift für schweiz. Gesetzgebung und Rechtspflege; im folgenden zitiert mit „***Hafner,*** Nr. . .". Die Nrn. XXX—LXXV befinden sich in Bd. IV, S. 225—306; die Nrn. LXXVI—CVI S. 371—426; die Nrn. CVII—CXXIV in Bd. V, S. 22—44; die Nrn. CXXV—CIL S. 281—339.

[2]) Über das Forum in Betreibungssachen vor Inkrafttreten des Bundesgesetzes s. *Schreiber,* Die bundesrechtliche Praxis in Doppelbesteuerungssachen, 220 ff.

a. Art. 59 ist *zum Schutze des Schuldners,* oder genauer des Beklagten, erlassen, nicht des Gläubigers, genauer des Klägers; der Kläger kann sich nicht darauf berufen, weil Art. 59 nicht zwingendes Recht ist und der trotz Art. 59 urteilende Richter zuständigermassen urteilt, wenn sich der Beklagte seiner Gerichtsbarkeit unterzieht; damit ist bereits gesagt, dass Art. 59 keinen Gerichtsstand positiv begründet, sondern nur, bei persönlichen Ansprachen, jeden andern Gerichtsstand als den des Wohnortes für den Beklagten als unverbindlich erklärt. Es wurde in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, dass, wenn sich ein Gericht in irriger Anwendung des Art. 59 unzuständig erklärt, der Gläubiger, dem diese Bestimmung entgegengehalten wird, nicht über Verletzung des Art. 59 Beschwerde führen kann. Nicht Art. 59 legt dem Richter die Pflicht, zu richten, auf, sondern die kantonale Gerichtsverfassung; der Gläubiger kann sich daher über Verletzung der kantonalen Zuständigkeitsnormen, vielleicht über Rechtsverweigerung, aber nicht über Verletzung der fraglichen Verfassungsbestimmung beklagen. *Ullmer,* I, Nr. 292, 865, vgl. 867, 869; *Hafner,* Nr. 69. B. Ger. I, 139; VII, 678, 724; VIII, 182; XII, 77; XV, 100; XXIII, 536. Eine andere Frage ist, ob sich ein anderer Gläubiger der Belangung des Schuldners vor einem andern Gericht als dem des Wohnortes widersetzen kann; der Schuldner hat möglicherweise kein Interesse mehr, zu widersprechen, wenn er sich der Insolvenz nahe weiss, wohl aber der Gläubiger; dieses Interesse der Gläubiger ist aber durch Art. 59 nicht gewahrt, sonst müsste sich die Bestimmung nicht in dem Moment wirkungslos erklären, wo jenes Interesse der Gläubiger am stärksten ist, im Falle der Insolvenz des Schuldners[1]).

b. Art. 59 *bestimmt nur den Kanton,* dessen Gerichte kompetent sind, nicht aber das kompetente Gericht innerhalb des Kantons; er hat insofern nur interkantonale, nicht intrakantonale Bedeutung. Er wurde von jeher so ausgelegt; die Auslegung hat aber in der Literatur Widerspruch erfahren seitens *Heusler,* Zeitschrift A. F. XXI, 59, 83; *Schoch,* 25 ff.; *Kaiser,* Schweiz. Staatsrecht, I, 176, und *Muheim,* 281 ff.

M. E. spricht für die Ansicht des B. Ger. der Wortlaut der Verfassungsbestimmung (verbo: «daher»), noch mehr aber der Umstand, dass das Konkordat vom 15. Juni 1804 nur im Verhältnis der Kantone unter einander galt, und in der Tagsatzung aller Wahrscheinlichkeit nach die erweiterte Anwendung erwähnt worden wäre, wenn man sie gewollt hätte; dass die Bestimmung von einer vertraglichen Vereinbarung der Kantone in eine Verfassung versetzt wurde, ändert m. E. an ihrem Inhalt nichts. Es darf auch in der vorbehaltlosen Bestätigung der Vorschrift durch die eidg. Räte bei der Verfassungsrevision von 1874 die Zustimmung zu einem so wichtigen Grundsatze der bisherigen wohl bekannten Praxis erblickt werden; die Beschränkung war auch keineswegs sinnlos, wie *Roguin,* Conflits, 543, richtig bemerkt[2]). Aus der Praxis

---

[1]) Richtig daher: *Hafner,* Nr. 36; vgl. B. Ger. XV, 100. *Muheim,* 273 ff., erblickt in Art. 59 auch eine Verpflichtung des Schuldners, an seinem Wohnsitz Recht zu nehmen.

[2]) Gl. A. sind *Blumer-Morel,* I, 530; *Curti,* Der Staatsvertrag zw. der Schweiz und Frankreich betr. den Gerichtsstand und die Urteilsvollziehung vom 15. Juni 1869, Diss., Zürich 1879, 15; *Rüttimann,* Nordamerikanisches Bundesstaatsrecht, II, 161; *Dubs,* II, 148. *Schollenberger,* Kommentar, S. 429.

genügt es, auf die bei *Hafner,* Nr. 34, 35, wiedergegebenen Fälle und auf die Entscheidungen des B. Ger. I, 136, vom 6. Nov. 1875 i. S. Meyer-Kappeler; II, 40 und 49, zu verweisen.

Da Art. 59 zum Schutze des Schuldners erlassen ist, ist es klar, dass es auf den *Wohnort* des *Klägers* nicht ankommt; ob er im gleichen Kanton wohne, wie der Bekl., oder in einem andern, ist gleichgültig[1].

c. Wenn die B. V. einen Schuldner davor schützt, dass er in einem andern Kanton als demjenigen seines Wohnsitzes belangt werde, muss sie noch viel mehr verbieten, dass ein solcher Schuldner vor ein *ausländisches Gericht* zitiert werde. Ein solches Gericht ist in der Tat vom schweizerischen Standpunkt aus unzuständig, wenn die Voraussetzungen zur Anwendung des Art. 59 gegeben sind; ob die kantonalen Prozessgesetze den ausländischen Gerichtsstand anerkennen oder nicht, ist gleichgültig. Nur beschränkt sich die Wirkung dieses Verbotes auf die Schweiz. Die natürliche Folge jenes Satzes ist, dass ein unter Missachtung des Art. 59 erwirktes ausländisches Urteil in der Schweiz nicht vollziehbar ist. Das B. Ger. hatte mit Urteil vom 3. Juni 1878 i. S. Kobelt, IV, 230, anders entschieden, weil die Kantone in der Vollziehung ausländischer Urteile souverän seien; es ist aber im Urteil vom 9. Febr. 1899 i. S. Espanet, XXV, 89, von dieser Ansicht zurückgekommen[2].

Der Schuldner aber, sei er Schweizer oder Ausländer, der im Ausland wohnt, kann nicht gestützt auf Art. 59 der B. V. verlangen, dass er an seinem Wohnort im Ausland belangt werde, denn Art. 59 bezieht sich seit 1874 deutlich nur auf den Schuldner, der *in der Schweiz* einen festen Wohnsitz hat. Selbstverständlich hilft die durch Niederlassungsverträge versprochene Gleichstellung der Fremden mit Schweizerbürgern dagegen nichts, aus verschiedenen Gründen[3].

Im übrigen findet der Verfassungsartikel auf *Ausländer* gleich wie auf Schweizer Anwendung; es bedarf dazu keiner vertraglichen Gleichberechtigung mit den Schweizern, denn die Auslassung des Wortes «schweizerische» vor «Schuldner» bei der Verfassungsrevision von 1874 lässt keinen Zweifel darüber, dass die Verfassung selbst den Ausländer dem Schweizer gleichstellen wollte[4].

Der 2. Absatz des Art. 59 macht hiervon eine Ausnahme, indem er, zu ungunsten des Ausländers, aber zu gunsten der ausländischen Gerichtsbarkeit, mit bezug auf Ausländer die Bestimmungen bezüglicher Staatsverträge vorbehält. Ausländer sollen sich auf den Gerichtsstand des Wohnortes nicht berufen können, wenn ein Staatsvertrag die Verbindlichkeit eines auswärtigen Gerichtsstandes anerkennt. Man hatte dabei den Gerichtsstandsvertrag vom 15. Juni 1869 mit Frankreich im Auge, der bei Streitigkeiten zwischen Schweizern und Franzosen den Gerichtsstand des Wohnortes ebenfalls statuiert, bei Streitigkeiten zwischen Franzosen aber, nach richtiger Auslegung, die Gerichtsstandsnormen des

---

[1]) *Roguin,* Conflits, S. 539.

[2]) Vgl. die Kritik des erstern Urteils bei *Roguin,* L'art. 59, S. 83; Conflits, 548. *Meili*, Prinzipien des internationalen Privatrechts, S. 266.

[3]) Vgl. *Hafner,* Nr. 125; B. Ger. vom 13. April 1875 i. S. Lämmermann, I, 122; IV, 628; 2. Nov. 1878 i. S. Neusch, IV, 625 (ein im Ausland domizilierter Schweizer); XXIII, 29.

[4]) B. Ger. vom 15. Mai 1875 i. S. Bitter, I, 147; II, 65; IV, 29. Über die frühere Praxis vgl. *Roguin*, Conflits, S. 492, Note 3.

Code civil Art. 15, m. a. W. die Zuständigkeit der französischen Gerichte, weiter bestehen lässt, trotz Wohnsitzes des Beklagten in der Schweiz [1]). Mit *Roguin,* Conflits, 495, ist aber zu entscheiden, dass, wenn der Franzose nicht vor einem französischen Gericht, sondern in der Schweiz belangt wird, er gemäss Art. 59 vor den Gerichten seines Wohnsitzkantons belangt werden muss [2]). Die gleiche Ausnahme könnte aber u. U. für Schweizer durch Staatsvertrag vereinbart werden, wenn sie gleich in der Verfassung nicht vorgesehen ist, und zwar aus dem gleichen Grund, aus welchem der schweizerisch-französische Staatsvertrag auf seinem Geltungsgebiet (z. B. bei persönlichen, auf ein Grundstück bezüglichen Klagen) *allein* anwendbar ist, unter Ausschluss des Art. 59, auch wenn der Beklagte einen Wohnsitz in der Schweiz hat.

Auch bei internationalen Gerichtsstandskonflikten ist es vom Standpunkt des Art. 59 aus gleichgültig, wo der Kläger seinen Wohnsitz hat.

d. Juristische Personen, d. h. Personenverbände, die gegenüber Dritten als Einheit auftreten, können sich gleich wie natürliche Personen auf Art. 59 berufen, B. Ger., XXIX, 303; *Ullmer,* I, 258; betrachtet man die Verbandspersonen nur als zu einheitlichem Handeln organisierte Mehrheiten physischer Personen, was m. E. allein richtig ist, so ist das Domizil des Verbandes nur ein Spezialdomizil seiner Mitglieder, es soll daher im Zusammenhang mit dem Domizil besprochen werden.

2. Der aufrechtstehende Schuldner.

«Aufrechtstehend» ist in der Hauptsache gleichbedeutend mit zahlungsfähig, «solvable»; mit dem Ausdruck des deutschen Textes wird aber deutlicher als im französischen «solvable» als entscheidend bezeichnet, ob der Schuldner tatsächlich in der Lage ist, seine Gläubiger zu befriedigen, ohne Rücksicht darauf, ob sein Vermögen im betreffenden Augenblick einen Aktiv- oder Passivüberschuss aufweisen würde, ob er objektiv zahlungsfähig sei oder nicht; B. Ger. vom 14. Juli 1888 i. S. Luginbühl, XIV, 404. *Ullmer,* II, Nr. 907 (missliche Vermögensumstände), vgl. II, 319; VI, 18, wo «aufrechtstehend» einfach mit «zahlungsfähig» gleichgestellt wird. Der Schuldner, der tatsächlich noch bezahlt, obschon er überschuldet ist, vielleicht mit Hülfe fremden Kredits, ist aufrechtstehend; derjenige aber, dessen Aktiven die Passiven übersteigen, der seine Mittel aber nicht flüssig machen kann und seine Zahlungen einstellen muss, ist nicht mehr aufrechtstehend; in dieser Lage befindet sich vor allem der Konkursit, auch wenn sich bei der Liquidation seines Vermögens ein Aktivenüberschuss ergibt. Zahlungsfähigkeit wird im folgenden in diesem Sinn gebraucht.

Das B. Ger. hat mit Recht entschieden, die zugestandene Tatsache, dass der Beklagte kein Vermögen mehr besitze, beweise nicht die Zahlungsunfähigkeit, B. Ger. vom 30. April 1886 i. S. Gerber, XII,

---

[1]) Der B. R. entschied anders auf Grund des Gerichtsstandsvertrages von 1828 den 27. Dez. 1869 i. S. Schwob-Weil; *Hafner,* Nr. 40. 77.

[2]) So B. Ger. vom 6. Mai 1903 i. S. Baudet c. Bourderye, XXIX, 164, wo unrichtigerweise bemerkt ist, wenn der Beklagte ein Schweizer wäre, käme der Staatsvertrag nicht zur Anwendung, weil Art. 59, Abs. 2, B. V. sich nur auf Ausländer beziehe; wenn der Staatsvertrag auf den gleichen Streit zwischen einem Franzosen und einem Schweizer als Beklagten anwendbar wäre, könnte Art. 59, Abs. 2, dagegen nicht angerufen werden.

267; ebensowenig der Umstand, dass der Beklagte Armenunterstützung genoss, B. Ger., VI, 524 (wo die Behörde ihre Unterstützung zurückforderte!), oder dass er zur Verteidigung im Prozess das Armenrecht erhält; B. Ger. vom 27. Januar 1883 i. S. Monney, IX, 28. Die Vermutung spricht für die Zahlungsfähigkeit; der Kläger hat das Gegenteil zu beweisen; *Ullmer,* I, 316; B. Ger., VI, 539; VIII, 216 und öfter. Gibt der Beklagte selbst zu, dass er zahlungsunfähig ist, so bedarf es keines weiteren Beweises, da ja auch der zahlungsfähige Schuldner auf den Gerichtsstand des Wohnortes verzichten kann; *Hafner,* Nr. 74; B. Ger. vom 23. Juni 1882 i. S. Zuberbühler, VIII, 220; IX, 28.

Der Gläubiger kann den Beweis der Zahlungsunfähigkeit leisten durch den amtlichen Nachweis, dass der Schuldner an seinem Wohnsitz fruchtlos betrieben worden ist oder in Konkurs ist. Nach heutigem Betreibungsrecht genügt ein Verlustschein des Klägers oder eines andern Gläubigers (Art. 149 des Betreibungsgesetzes), oder das den Konkurs eröffnende Erkenntnis (Art. 171)[1]. Selbstverständlich beweisen eine oder mehrere frühere Betreibungen an sich nicht die Zahlungsunfähigkeit; B. Ger., VII, 224; *Ullmer,* 307. Ist der Schuldner anderswo als an seinem Wohnort, oder genauer vor einer nach dem Betreibungsgesetze unzuständigen Behörde belangt worden, so beweist auch der Verlustschein seine Insolvenz nicht; gleichgültig ist dabei, ob der Betriebene gegen jene Betreibung rechtzeitig Beschwerde erhoben habe oder nicht; dieses Verhalten kommt nur für die Gültigkeit der Betreibung selbst in Betracht; B. Ger., IV, 33; VI, 539; vgl. *Jäger,* Kommentar, S. 47.

Fraglich ist, wie lange der Verlustschein und der Konkurs, nachdem das Konkursverfahren geschlossen, die Zahlungsunfähigkeit des Schuldners beweisen. Der Schuldner kann jederzeit den Gegenbeweis leisten, das ist unbestreitbar; er wird ihn aber mangels einer gesetzlichen Frist, wie sie *Roguin* in seinem Referat dem Juristenverein vorschlug (Zeitschrift 708, 731), stets leisten müssen[2].

Der Schuldner, der ein Gesuch um gerichtlichen Nachlassvertrag stellt, ist wie derjenige, der seine Zahlungen einstellt, als eingestandenermassen insolvent zu betrachten; noch mehr derjenige, dem eine Nachlassstundung gewährt worden ist; wird der Nachlassvertrag bestätigt, so ist der Schuldner wieder als aufrechtstehend zu betrachten, denn der Nachlass bezweckt ja eben, durch Herabsetzung der Ansprüche der Gläubiger das finanzielle Gleichgewicht des Schuldners wiederherzustellen[3]. Diese Wirkung bleibt m. E. auch dann bestehen, wenn der Nachlassvertrag gemäss Art. 315 des Betreibungsgesetzes einem Gläubiger gegenüber wegen Nichterfüllung aufgehoben wird.

Der Abschluss eines privaten Nachlassvertrages ausserhalb des Konkurses beweist m. E. nicht die Insolvenz des Schuldners, sei er mit allen Gläubigern oder nur mit einigen abgeschlossen worden; der Schuldner ist nachher solventer als vorher. Dagegen kann das an alle Gläubiger gerichtete Begehren um Nachlass als ein Geständnis der In-

---

[1]) Vgl. die Entsch. vor dem Inkrafttreten des Bundesgesetzes: B. Ger., I, 159; II, 319.

[2]) B. Ger., VII, 27, wo die Beweisfrage nicht behandelt ist; der Schuldner braucht aber nicht zu beweisen, dass die im Konkurs zu Verlust geratenen Gläubiger alle befriedigt sind.

[3]) A. A. *Schoch,* 88. Vgl. *Roguin,* Conflits. 503.

solvenz betrachtet werden; das nur an einige Gläubiger gerichtete je nach Umständen[1].

Die Insolvenz kann auch durch offenkundige, konkludente Tatsachen bewiesen werden, wie Zahlungseinstellung, Unmöglichkeit, vom Schuldner etwas zu erlangen; die Zahlungseinstellung berechtigt aus dem gleichen Grund den Gläubiger, nach Art. 190 des Betreibungsgesetzes, die Konkurseröffnung zu verlangen. Der blosse Umstand, dass der Schuldner an seinem früheren Wohnort Schulden hinterlassen hat, beweist nicht seine Zahlungsunfähigkeit[2].

Der für die Frage der Zahlungsfähigkeit *massgebende Zeitpunkt* ist der der Klageerhebung; auch wenn nachträglich vor Entscheidung des Rekurses die Insolvenz wirklich eintritt, ist der Rekurs gutzuheissen und das bisherige Verfahren aufzuheben; denn der Rekurrent, der bisher nicht verpflichtet war, sich auf die Klage einzulassen, kann nicht plötzlich verhalten werden, den Prozess weiterzuführen, wie wenn er von vornherein dazu verpflichtet gewesen wäre; *Ullmer*, II, Nr. 908.

Welches Gericht zuständig ist im Falle der Insolvenz des Schuldners, bestimmt Art. 59 nicht; B. Ger., VIII, 679.

3. Der Wohnsitz[3].

Wenn Art. 59 vorschreibt, dass der aufrechtstehende Schuldner, der in der Schweiz einen *festen Wohnsitz* hat, vor dem Richter seines *Wohnortes* gesucht werden muss, so will das nichts anderes heissen, als dass er an seinem Wohnsitz gesucht werden muss. Das Wort «fest» betont eine Eigenschaft, die im Begriffe des Wohnsitzes schon enthalten ist, fügt also diesem Begriff nichts neues hinzu; der französische Text, der dieses Wort nicht wiedergibt, weicht somit materiell vom deutschen nicht ab. Die Praxis hat auf dieses Eigenwort nie Gewicht gelegt, und alle ihre Entscheidungen liessen sich mit dem blossen Wohnsitzbegriff rechtfertigen[4].

Der Begriff des Wohnsitzes ist nach herkömmlicher Definition der Ort, wo jemand mit der Absicht, dauernd zu verbleiben, wohnt; so definiert ihn das B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse, vom 25. Juni 1891, Art. 3. Es gehört dazu die Tatsache des Wohnens und die Absicht dauernden Verbleibens. Richtigerweise sollte m. E. die subjektive Absicht des Betreffenden aus dem Spiele gelassen und nur auf die Dritten erkennbaren Tatsachen abgestellt werden; diese Tatsachen müssen aber derart beschaffen sein, dass der Dritte daraus die Absicht dauernden Verbleibens schliessen muss[5]. Insofern genügt die Konstatierung der blossen Tatsache, dass jemand zurzeit den Mittelpunkt seiner Tätigkeit an einem Ort hat, nicht[6].

Die b. ger. Praxis ist daher m. E. unrichtig, wenn sie, was allerdings nicht häufig geschieht, der subjektiven Absicht des Beklagten

---

[1]) *Ullmer*, II, Nr. 912, Erw. 3.

[2]) B. Ger., VI, 539.

[3]) *Roguin*, Conflits, 507. *Schoch*, 42 ff. *Blumer-Morel*, I, 545 ff. *Meili*, die Prinzipien des internationalen Privatrechts, 62 ff. Vgl. auch die Zitate zu Art. *43*, S. 393, Note 2.

[4]) Vgl. aber: *Hafner*, Nr. 80, 81; B. Ger., I, 122; III, 618.

[5]) Ebenso *Schoch*, 52, anders aber 56.

[6]) So *Roguin*, Conflits, 508.

nachspürt, in Handlungen, die äusserlich nicht hervortreten, z. B. in mündlichen oder schriftlichen Äusserungen; vgl. B. Ger. vom 3. April 1901 i. S. Thurgau g. Zürich, XXVII, 172. Diese Kritik richtet sich allerdings gegen den herkömmlichen Wohnsitzbegriff überhaupt: es ist nun aber klar, dass der Wohnsitz im interkantonalen Prozessrecht und im eidg. Betreibungsrecht überall der gleiche sein muss, und da der herkömmliche Begriff im B. Ges. vom 25. Juni 1891 festgelegt ist, muss er vernünftigerweise auch im Gebiete des Art. 59 B. V. und des Betreibungsrechts gelten, wie es nach der Gerichtspraxis auch der Fall ist[1].

In einer langen Reihe von Entscheidungen hat das B. Ger. die Merkmale des Wohnsitzes umschrieben. Zur Begründung eines Wohnsitzes gehört nicht nur die noch so deutlich dokumentierte Absicht, sondern vor allem die tatsächliche Übersiedelung, die Verlegung des Mittelpunkts der Tätigkeit. Vgl. die Entscheidungen des B. Ger., I, 151 (die im übrigen nicht richtig ist); III, 451; VI, 184; VII, 694; VIII, 425, 723[2]. In der Regel wurden Haushalt und Familie als bestimmend für den Wohnsitz bezeichnet im Gegensatz zum Mittelpunkt der beruflichen Tätigkeit. B. Ger., VI, 184; VII, 694; vgl. VIII, 210; *Ullmer*, I, Nr. 303; II, Nr. 890 (Familie und Gewerbe); *Hafner*, Nr. 42. Das blosse Mieten eines Zimmers, wenn auch mit demonstrativen Äusserungen der Niederlassungsabsicht verbunden, genügt nicht für Begründung eines neuen Wohnsitzes, wenn Familie, Haushalt oder mangels solcher das Geschäft am bisherigen Wohnort bleiben: B. Ger., I, 151; IV, 15. Anderseits genügt auch die Tatsache des Wohnens an einem bestimmten Ort nicht; es muss damit die Absicht dauernden Verbleibens, wenn auch auf unbestimmte Zeit, verbunden sein; in den meisten Fällen folgert das B. Ger. diese Absicht richtigerweise lediglich aus den Umständen; namentlich berechtigt öfteres Wechseln des Wohnortes zur Annahme, dass die Absicht dauernden Verbleibens fehle: B. Ger., III, 618; XV, 97; XVIII, 658, wo bemerkt ist, es sei gleichgültig, dass sich der Aufenthaltswechsel in engem örtlichen Kreise abspiele; XX, 285; XXI, 944; ein bloss vorübergehender Aufenthalt, d. h. von vornherein als vorübergehend beabsichtigter, genügt nicht: B. Ger., X, 192; XV, 80; gleich wie eine vorübergehende Abwesenheit den einmal begründeten Wohnsitz nicht aufhebt: B. Ger., V, 173; X, 203.

Die *Niederlassung* als solche ist von der Wohnsitznahme eben so unabhängig wie die Erhebung der Legitimationsschriften von der Aufgabe des Wohnsitzes: B. Ger., I, 151, 159; vom 28. Mai 1880 i. S. Hohl, VI, 184; XVIII, 663[3]. Die Niederlassungsnahme kann jedoch die Absicht dauernden Verbleibens dokumentieren; sie ist aber nicht mehr als ein Indiz, weil sie auch zur Umgehung der Verfassung dienen kann; B. Ger., II, 65; *Ullmer*, II, Nr. 890. Die blosse Aufenhaltsbewilligung allein wird zum Beweis dauernden Verbleibens nicht genügen, beweist aber auch nicht notwendig das Gegenteil: B. Ger., V, 23.

Ebensowenig wie die Niederlassung begründen die dem Verwaltungsrecht angehörenden Tatsachen der *Ausübung politischer Rechte*

---

[1] Selbstverständlich ist, dass der Wohnsitzbegriff im ganzen Geltungsgebiet des Art. 59 ein einheitlicher sein muss, und daher nicht den kantonalen zivil- oder prozessgesetzlichen Normen entnommen werden darf. Vgl. die widerspruchsvolle Entscheidung bei *Hafner*, Nr. 56; unrichtig ebenfalls *Ullmer*, I, Nr. 288, S. 290.

[2] *Hafner*, Nr. 56.

[3] Gl. Entsch.: *Hafner*, Nr. 55: Die Zurücklassung der Schriften bewirkt nicht das Weiterbestehen des Wohnsitzes.

(I, 151) und des *Steuerzahlens* (B. Ger., XII, 517) das Domizil; das Verhältnis ist vielmehr umgekehrt: die Steuern sind in der Regel da zu zahlen und die politischen Rechte da auszuüben, wo der Bürger seinen Wohnsitz hat.

Aus dem dargelegten Wohnsitzbegriff ergibt sich, dass der Verlust des bisherigen Wohnsitzes nicht vom Erwerb eines neuen abhängt, m. a. W., *dass jemand ohne Wohnsitz sein kann* im Gegensatz zu Art. 3, Abs. 3, des B. Ges. vom 25. Juni 1891: B. Ger., II, 41; III, 618; anders scheinbar: III, 451. Wenn jemand seinen bisherigen Wohnsitz verlässt, um einen neuen zu gründen, wird er allerdings während der Übergangszeit nicht als wohnsitzlos zu betrachten sein, sondern als domiziliert am bisherigen oder am neuen Wohnsitz; B. Ger., I, 151. Hier wie in allen Anwendungen des Wohnsitzbegriffes entstehen schwierige Tatfragen.

Dagegen kann niemand *mehrere allgemeine Wohnsitze haben*[1]; das B. Ger. scheint diese Möglichkeit in einigen älteren Entscheidungen anzunehmen, I, 151; VIII, 214; es ist aber mit Recht von dieser Ansicht zurückgekommen[2]; ebenso lautet die Vorschrift des zitierten B. Ges. von 1891, Art. 3, Abs. 4.

Die Frage, wo Ehefrauen, Minderjährige und bevormundete Grossjährige ihren Wohnsitz haben, kann sich ebensowenig wie die des Wohnsitzes überhaupt nach kantonalem Rechte beantworten; heute werden naturgemäss die Bestimmungen des B. Ges. vom 25. Juni 1891, Art. 4, zur Anwendung kommen[3].

Wenn man den Grundsatz, dass der Schuldner an seinem Wohnort gesucht werden muss, ohne Einschränkung anwenden wollte, müsste man auch die Folgerung ziehen, dass *alle* persönlichen Ansprachen an diesem Orte geltend zu machen sind, dass *Spezialdomizile* ausgeschlossen sind. Dem Art. 59 einen so absoluten Sinn beizulegen, wäre m. E. unrichtig; die Verfassung drückt die Regel aus, ohne dadurch Ausnahmen zu verbieten.

Das B. Ger. hat m. E. mit Recht den Gerichtsstand des *Geschäftsdomizils* angenommen, so I, 172; II, 61; VI, 18; B. Ger. vom 7. Okt. 1892 i. S. Leuthold, XVIII, 651; wer an einem andern Ort als an seinem persönlichen Wohnsitz ein selbständiges Geschäft betreibt, kann am Orte seiner Geschäftsniederlassung für seine Geschäftsschulden gesucht werden, aber nur für diese, B. Ger., XXX, 2. Es ist damit weder die Fiktion einer besonderen Persönlichkeit am Geschäftsort noch einer freiwilligen Wahl dieses Gerichtsstandes zu verbinden. Ausser der Hauptgeschäftsniederlassung (vgl. O. R. Art. 865, Abs. 2) sind aber als gerichtsstandsbegründende Anstalten m. E. nur die eigentlichen Zweigniederlassungen zu behandeln (i. S. von O. R. Art. 865, Abs. 3); so richtig B. Ger. vom 29. Okt. 1890 i. S. Fietz & Leuthold, XXII, 937; II, 61; ein Lagerplatz[4], ein blosses Verkaufslokal[5], sogar die Ausführung wichtiger Arbeiten, wie Strassen-

---

[1] *Rognin*, Conflits, 509 ff. *Muheim*, Prinzipien des internationalen Privatrechts, S. 75.
[2] In diesem Sinne schon: *Ullmer*, I, Nr. 219, 279, Fall de Chambrier (Sommerwohnsitz); II, Nr. 890.
[3] Vgl. die älteren Entsch.: B. Ger., XV, 80: Wohnsitz der Ehefrau am Wohnsitz des Mannes; XVII, 33: Wohnsitz des Bevormundeten am Wohnsitz des Vormundes; *Hafner*, Nr. 48, 49, vgl. 50.
[4] *Ullmer*, I, Nr. 248, trotz Anwesenheit eines Mandatars; *Hafner*, Nr. 44.
[5] *Ullmer*, II, Nr. 293 (unentschieden).

und Eisenbahnbauten, genügt allein zur Begründung eines Spezialdomizils nicht[1].

Für die Begründung dieses Geschäftsdomizils ist es an sich gleichgültig, ob der Inhaber zur Niederlassungsnahme oder zur Verzeigung eines Domizils durch gewerbepolizeiliche Vorschrift verpflichtet worden sei. Besteht eine solche Pflicht, so ist die Begründung des Gerichtsstandes gegenüber den Gläubigern eine freiwillige, gegenüber der Behörde aber eine unfreiwillige, vorausgesetzt, dass die verwaltungsrechtliche Vorschrift diesen Sinn hat; sie kann auch nur den Sinn haben, eine Stelle zu schaffen, an der dem Gewerbetreibenden amtliche, administrative oder gerichtliche, Akten zugestellt werden können, womit das Verhältnis des Gewerbetreibenden zu andern Privatpersonen nicht berührt wird[2]. Das ist eine Frage des jeweiligen kantonalen Verwaltungsrechts. Ob aber ein Gewerbetreibender zur Verzeigung eines jedermann gegenüber geltenden Gerichtsstandes verpflichtet werden kann, auch wenn er keine eigentliche Geschäftsniederlassung hat, ist eine Frage der Handels- und Gewerbefreiheit (Art. 31), nicht des Art. 59. M. E. ist es prinzipiell zulässig; der Bund hat ja dasselbe gegenüber Eisenbahn-, Dampfschiff- und Versicherungsgesellschaften getan[3]. Aber stets nur für geschäftliche Verbindlichkeiten. Wird einem Unternehmer durch die Vertragspartei, Privatperson oder Behörde, eine Domizilverzeigung auferlegt, so ist dies ein Gerichtsstandsvertrag, der unter den Vertragsparteien gilt; analog ist die Konzession zu beurteilen, weil sie kein allgemein verbindlicher Erlass ist. Das Forum des Geschäftsdomizils konkurriert mit dem Forum des persönlichen Wohnsitzes, ohne es auszuschliessen; wenn der Geschäftsinhaber für Geschäftsschulden hier belangt wird, kann er sich nicht beklagen; B. Ger. vom 29. Sept. 1882 i. S. Altwegg, VIII, 425.

Personenverbände, die Dritten gegenüber als Einheit auftreten, d. h. juristische Persönlichkeit besitzen, wie Kollektiv- und andere Handelsgesellschaften, haben im Verhältnis zu Dritten ihren besondern Gerichtsstand, und zwar in der Regel an ihrem statutarischen Sitz; dieser Grundsatz wurde von jeher ohne Widerspruch angewendet. Wenn der statutarische Sitz der Gesellschaft aber mit dem Mittelpunkt der Geschäftstätigkeit, von dem aus mit Dritten kontrahiert wird, nicht übereinstimmt, so ist auch an diesem Ort der Gerichtsstand begründet, denn es kann einer Gesellschaft nicht zustehen, durch ihre Statuten den Gerichtsstand nach Belieben zu verlegen[4].

Anders gestaltet sich die Frage, wenn der Streit zwischen der Gesellschaft und ihren Mitgliedern oder zwischen Gesellschaftsmitgliedern

---

[1]) B. Ger., VI, 18, nimmt dies bezüglich einer Strassenbaute an.

[2]) B. Ger. vom 24. März 1876 i. S. von Erlach, II, 43, wo eine obligatorische Niederlassungserwerbung in diesem Sinn ausgelegt wird; die Rechtfertigung einer solchen kantonalen Vorschrift aus dem Niederlassungsrecht ist unrichtig. Ähnlich *Hafner*, Nr. 137: B. R. B. vom 12. April 1871 i. S. Schweiz. Rentenanstalt.

[3]) Der Gerichtsstand wird in solchem Falle nur scheinbar freiwillig anerkannt; er ist in Wirklichkeit aufgezwungen, denn die Freiheit, sein Geschäft unter solchen Bedingungen nicht auszuüben, ist keine; *Roguin*, Conflits, 514, 528 ff., konstruiert hier ein rein fiktives domicile élu, weil er den Zwang zur Domizilverzeigung als unzulässig betrachtet; ebenso *Schoch*, 81; *Muheim*, 274 f.

[4]) *Hafner*, Nr. 45; B. R. B. vom 26. Juni i. S. Société des charbonnages, wo indessen auf den entscheidenden Umstand, den Sitz der *geschäftlichen* Leitung, im Gegensatz zur technischen, nicht das Hauptgewicht gelegt ist. Gl. A. *Roguin*, Conflits; anders *Schoch*, 66.

entsteht. Wenn ein Mitglied die Gesellschaft als solche, vertreten durch ihre Organe, beklagt, so muss sie natürlicherweise vor dem Gerichtsstand der Gesellschaft Red und Antwort stehen; werden aber einzelne Gesellschafter ins Recht gefasst, so sind sie an ihrem persönlichen Wohnort aufzusuchen, wenn sie im Gesellschaftsvertrag nicht einen anderen Gerichtsstand anerkannt haben. Letzteres ist m. E. stets anzunehmen bei Kollektiv- und Kommanditgesellschaften[1]), wenn es auch rechtlich nicht ausgeschlossen ist, dass ein an der Geschäftsleitung unbeteiligter Socius die Gesellschaft als solche belangt; während das Umgekehrte bei Vereinen, Genossenschaften und Aktiengesellschaften anzunehmen sein wird. Dieser Gerichtsstand besteht so lange, als die Gesellschaft einen zur Klagebeantwortung ermächtigten Vertreter hat[2]). Die Gesellschaft hat aber m. E. gegen einzelne Mitglieder stets an ihrem persönlichen Wohnorte zu klagen; B. Ger. vom 18. Januar 1878 i. S. Wuhrmann, IV, 21; vom 12. Juli 1900 i. S. Burkhard, XXVI, 298: Einzahlung der Kommanditsumme. Die Verantwortlichkeitsklage gegen Gründer, Vorstandsmitglieder und andere Gesellschaftsorgane ist daher an ihrem persönlichen Wohnsitz zu erheben: B. Ger. vom 17. März 1877 i. S. Baumgartner, III, 44; IV, 21: Klage gegen die Gründer einer nicht zustande gekommenen Aktiengesellschaft. Soll ein anderes gelten, so mag es vereinbart werden.

Die Klage auf Errichtung einer noch nicht konstituierten Gesellschaft oder auf Anerkennung eines Gesellschaftsverhältnisses, B. Ger. vom 8. März 1878 i. S. Schmid und Degger, IV, 27, ist demnach stets am persönlichen Wohnsitz des Beklagten anzubringen. Ob die Gesellschaft juristische Persönlichkeit und gegenüber Dritten ein eigenes Domizil besitze, ist bei dieser ganzen Frage gleichgültig[3]).

Im Gegensatz zum Gerichtsstand des Geschäftsdomizils ist der Gerichtsstand des Gesellschaftsdomizils als ausschliesslicher zu betrachten.

Massgebend ist das Domizil zur Zeit, wo die Klage anhängig gemacht wird; wenn der Beklagte später den Wohnsitz aufhebt, bleibt der Gerichtsstand trotzdem begründet; B. Ger., III, 39; IV, 220, 651; V, 168, 173; XXV, 420[4]).

Wann der Streit rechtshängig wird, ist nach kantonalem Prozessrecht zu entscheiden; B. Ger., III, 39; IV, 220; VI, 187. Das beim unzuständigen Gerichte eingeleitete Verfahren bleibt auch dann ungültig, wenn der Schuldner im Verlaufe desselben seinen Wohnsitz dorthin verlegt, aus dem schon angegebenen Grunde (S. 599)[5]).

---

[1]) Unrichtig in der Begründung: *Ullmer,* I, Nr. 287, und B. Ger. vom 1. Sept. 1876 i. S. Hanimann, II, 315: nur eigentliche Handelsgesellschaften, welche als juristische Einheit auftreten, haben ein eigenes Geschäftsdomizil. *Hafner,* Nr. 46 *b,* wo der B. R. anzunehmen scheint, das Forum wäre am Gesellschaftssitz grundsätzlich gegeben für Klagen eines Gesellschafters gegen den andern.

[2]) *Hafner,* Nr. 46 *a.*

[3]) A. A. *Rognin,* Conflits, 599.

[4]) *Hafner,* Nr. 52—56; im letztern Fall (Buttlar) bemerkte die St. R. K. mit Recht der Zeitpunkt der gerichtlichen Ladung, nicht des ersten gerichtlichen Termins, sei massgebend. Vgl. *Ullmer,* II, Nr. 863.

[5]) B. Ger., XV, 86, lässt die Frage unentschieden; der Beklagte hatte unmittelbar nach Erhebung der Kompetenzeinrede seinen Wohnsitz in den betr. Gerichtssprengel verlegt. Gl. A. *Rognin,* Conflits, 557.

4. Persönliche Ansprache.

a. Inhalt der Klage.

Dem Inhalte nach unterscheiden sich die Klagen, je nach der Art des geltend gemachten Anspruchs, in öffentlichrechtliche und privatrechtliche, strafrechtliche und zivilrechtliche, dingliche und persönliche, Mobilien- und Immobilienklagen, erbrechtliche, personenrechtliche und vermögensrechtliche. Sieht man von allen Einzelheiten ab, so kann man sagen, dass nach gegenwärtiger Gerichtspraxis Art. 59 nur für privatrechtliche, und zwar nur für persönliche und vermögensrechtliche Klagen gilt. Das Wort «persönlich» ist dabei vielleicht in zu streng theoretischem Sinne ausgelegt worden; so sind z. B. alle auf Immobilien bezüglichen Forderungen ausschliesslich vor das persönliche Forum des Beklagten gewiesen worden. Bedenkt man, dass Art. 59 vor allem den Hauptfall persönlicher Ansprachen im Auge hatte und regeln wollte, und auf die feineren Unterscheidungen der Klagearten nicht eingehen konnte, so darf diese Auslegung wohl als zu theoretisch bezeichnet werden.

Die Natur der erhobenen Klage ist zunächst nach dem objektiven (materiellen) Recht zu beurteilen, auf welches der Anspruch gegründet ist; die Natur der Klage nach jenem Recht einmal festgestellt, so bleibt zu beurteilen, ob sie eine persönliche Ansprache im Sinne des Art. 59 B. V. sei [1]. Eine andere Frage ist, ob für die Natur der Klage einzig das Petitum des Klägers oder auch andere Umstände der Sache massgebend sind.

Die ältere Praxis liess als persönliche Ansprachen auch *öffentlichrechtliche Forderungen*, namentlich Steuerforderungen, gelten; vgl. *Ullmer*, I, Nr. 306, 260: Polizeisteuer auf dem Vermögen; B. Ger. I, 151; IV, 345: Einkommensteuer; VI, 184; im Gegensatz zu Grundsteuern: *Ullmer*, I, Nr. 259, 285; II, Nr. 902; *Hafner*, Nr. 94, 95. Die Bundesbehörden gingen weiter und erklärten, die für Steuerstreitigkeiten kompetente Behörde des Wohnsitzkantons müsse auch auf ausserkantonale Steueransprachen eintreten, B. R. B. vom 26. Aug. 1874 i. S. Gem. Wykon, *Hafner*, Nr. 63, und es sei die Arrestierung des Vermögens des Schuldners in einem andern Kanton unzulässig; *Ullmer*, I, Nr. 306; *Hafner*, Nr. 64 [2]. Mit Urteil vom 20. Nov. 1884 i. S. Holliger, X, 458, erklärte aber das B. Ger., Nachsteuerforderungen (d. h. administrative Bussen) seien keine persönliche Ansprachen i. S. des Art. 59 B. V. (vgl. VIII, 540), und seitdem wurde in konstanter Praxis festgehalten, dass Art. 59 sich nur auf zivilrechtliche Forderungen beziehe: B. Ger. XII, 39: Handänderungsgebühr (vgl. S. 8); XVII, 363, 371; XVIII, 28; XXII, 332; XXV, 427. Betr. Nichtanwendbarkeit von Art. 46 des Betreibungsgesetzes auf Eintreibung öffentlichrechtlicher Forderungen vgl. B. Ger. XXVII, 398. Die öffentlichrechtliche oder privatrechtliche Natur der Klage ist nach obigem Grundsatz zunächst nach dem in Betracht kommenden objektiven (materiellen) Recht zu beurteilen; so hat das B. Ger. entschieden, dass die Rückforderung der geleisteten Armenunterstützung durch die Gemeinde nach luzernischem Recht eine zivilrechtliche Forderung, VI, 524, die Vor-

[1] *Roguin*, Conflits, 537 f. Zu absolut drückt sich B. Ger. XXIV, 660, aus.
[2] *Ullmer*, I, Nr. 123, 129; *Schoch*, 108; *Roguin*, Conflits, 561.

mundschaftssteuer des Kantons Uri aber eine öffentlichrechtliche Verpflichtung sei, XXVIII, 139.

Für den Ausschluss öffentlichrechtlicher Klagen bestehen in der Tat gewichtige innere Gründe; einmal die Schwierigkeit für die Behörden eines Kantons, nach dem öffentlichen Recht eines andern Kantons Recht zu sprechen, und die noch grössere, von ihnen zu verlangen, dass sie das ergangene Urteil vollziehen, wie wenn es in eigener Sache ergangen wäre; ferner der Umstand, dass nach Art. 61 B. V. nur zivilrechtliche Urteile eines Kantons im andern vollziehbar sind; der Kläger kann nicht wohl an den Wohnort des Beklagten gewiesen werden, wenn das dort erhaltene Urteil nicht überall vollstreckbar ist.

Diese Gründe sprechen mit dem Wortlaute des Art. 59 selbst auch dafür, dass *strafrechtliche* Klagen dieser Gerichtsstandsregel nicht unterworfen sind. Entscheidend für die Art der Klage ist, ob sie auf Verhängung einer öffentlichrechtlichen Strafe oder auf Ausgleichung des materiellen oder moralischen Schadens des Verletzten geht, was sich daran erkennen lässt, ob der Verletzte auf die Vollziehung des Urteils verzichten kann oder nicht. Das Verfahren, in welchem der Anspruch geltend gemacht wird, ist dagegen gleichgültig. Nach dem Gesagten beurteilt sich, ob Injurienklagen strafrechtlichen oder privatrechtlichen Charakter haben; gehen sie auf Busse, so sind sie Strafklagen[2]); gehen sie auf Schadenersatz, Satisfaktion des Verletzten durch Veröffentlichung des Urteils und Aufhebung der Ehrverletzung, so sind sie Privatklagen[3]). Geht die Klage auf beides: Strafe und Ausgleichung des Schadens, so ist nach b. ger. Praxis der strafrechtliche Charakter als überwiegend anzusehen und Art. 59 nicht anwendbar; B. Ger. XIV, 28; 20. März 1901, i. S. Brun, XXVII, 34. Die frühere Praxis entschied mitunter das Gegenteil oder liess das massgebende kantonale Recht darüber entscheiden, welches Moment das überwiegende sei[4]). Ist die Klage eine strafrechtliche, so darf der Beklagte nicht einwenden, nach dem Rechte seines Wohnsitzkantons habe die Klage keinen strafrechtlichen Charakter; das B. Ger. hat in einem solchen Falle keine Veranlassung einzuschreiten, solange kein interkantonaler Gerichtsstandskonflikt vorliegt; anders bezüglich der actio Pauliana, B. Ger. X, 455. Mit diesem Fall ist der Fall der Adhäsion der Zivilklage zum Strafprozess analog; der Zivilkläger kann seinen auf die Begehung des Delikts gestützten Zivilanspruch ohne Verletzung des Art. 59 vor dem Gerichte des Strafprozesses geltend machen, sofern dies nach kantonalem Prozessrecht zulässig ist; B. Ger. I, 179; XXVII, 324: strafbare Anstiftung zu widerrechtlicher Begünstigung eines Gläubigers und Rückforderung. Voraussetzung ist aber, dass der An-

---

[1]) B. Ger. XIV, 28; *Hafner,* Nr. 148: Zivilverfahren; vgl. B. Ger. II, 53: Strafverfahren in Zivilsachen; III, 14.

[2]) Öffentlichrechtlicher Charakter der Busse: *Ullmer,* I, Nr. 309; II, Nr. 910; anders: 904; unbestimmte Begründung: *Ullmer,* I, 280. B. Ger. I, 177: Klage auf Bestrafung; V, 447: vorherrschend Strafklage; 24. März 1888 i. S. Edelmann, XIV, 28.

[3]) *Ullmer,* Nr. 281, 282: Schadenersatz und Satisfaktion; B. Ger. XIV, 28.

[4]) *Ullmer,* II, Nr. 880: erklärt die Busse accessorisch; ebenso der B. R. in Nr. 883; die B. Vers. erachtete die Strafe nach anzuwendendem kant. Recht als die Hauptsache; *Hafner,* Nr 146, 148; bei *Ullmer,* II, Nr. 884 und 885 wurde entschieden, Art. 59 sei bei gemischten Klagen nicht anwendbar. In einem Falle erklärte das B. Ger. die Busse als das Accessorische, nämlich, wenn auf die Busse nur erkannt werden kann, sofern das Gericht auf die Zivilklage eintritt; II, 53.

geklagte auch strafrechtlich verurteilt werde; erweist sich die Strafklage als unbegründet, so fällt der Grund der Ausnahme vom Gerichtsstande des Wohnortes hinweg: B. Ger. V, 300; IX, 141 [1]). Im Falle der Adhäsion bleibt aber der Gerichtsstand des Wohnortes geltend für alle andern zivilrechtlich verantwortlichen, z. B. regresspflichtigen Personen, auch wenn die Verurteilung des Angeklagten ihre zivilrechtliche Haftung präjudiziert; B. Ger. V, 301; VII, 230: verantwortlicher Dienstherr; VII, 673: dito; XXV, 420; XIII, 386: Verbindung der Pauliana mit einem Bankerottprozess. — Es bedarf kaum der Erwähnung, dass es der B. V. nicht widerspricht, wenn der Strafrichter präjudizielle zivilrechtliche Fragen entscheidet; B. Ger. I, 184.

Ist Art. 59 nicht anwendbar, so schreibt die B. V. keinen Gerichtsstand vor, weder den des Begehungsortes noch denjenigen des Wohnortes des Beklagten; abgesehen von Pressprozessen (vgl. Art. 55) hat die Bundesbehörde nur bei einem negativen oder positiven Kompetenzkonflikt zwischen Gerichten verschiedener Kantone einzuschreiten [2]).

Oft würde die Billigkeit erheischen, dass der Urheber einer unerlaubten Handlung am Begehungsort zivilrechtlich belangbar sei; man denke an einen unvorsichtigen Velofahrer. Den Gerichtsstand des Begehungsortes bei jeder Klage aus unerlaubter Handlung anzunehmen, geht indessen kaum an wegen der Unbestimmtheit des Begriffes des Begehungsortes sowohl als wegen des weiten Anwendungsgebietes der Klage; u. U. wird ein gesetzliches Retentionsrecht helfen (vgl. O. R. Art. 66).

Art. 59 findet, nach Auslegung der Praxis, auf *personen- und familienrechtliche Klagen* nicht Anwendung; B. Ger. V, 445; IX, 460 (Ehescheidung); XVIII, 38 (Bestellung eines Abwesenheitspflegers). Der Gerichtsstand für diese Klagen ist nun im B. Ges. betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Niedergelassenen und Aufenthalter vom 25. Juni 1891 geregelt; derjenige für Ehescheidungs- und Nichtigkeitsklagen im Zivilstandsgesetz vom 29. Dez. 1874, Art. 43; der gleiche Gerichtsstand des Wohnortes des Ehemannes gilt auch für die Beurteilung der vermögensrechtlichen Folgen der Ehescheidung oder Trennung, Art. 49, und zwar auch dann, wenn die Vermögensansprüche der Ehegatten ad separatum verwiesen werden: B. Ger. V, 446; XVIII, 69; für solche Streitigkeiten ist dieser Gerichtsstand ausschliesslich kompetent: B. Ger. XXI, 955. Nach dem Gesetz von 1891 unterliegen der Gerichtsbarkeit der Heimat u. a. «der Familienstand einer Person, insbesondere die Frage der ehelichen oder unehelichen Geburt, die Frage der Wirkungen einer freiwilligen Anerkennung oder einer durch die Behörde erfolgten Zusprechung Unehelicher, die Frage der Adoption», wobei als Heimat gilt «der Heimatkanton des Ehemannes, des Vaters, der adoptierenden Person» (Art. 8); die Vormundschaft über noch nicht bevormundete auswandernde oder landesabwesende Personen (Art. 30, 29, vgl. Art. 15). Im übrigen gilt für Streitigkeiten über die persönliche Handlungsfähigkeit, Eltern- und Kindesrecht, das eheliche Güterrecht der Gerichtsstand des Wohnsitzes. Nach dem gleichen B. Ges. sind wohl Streitigkeiten zwi-

[1]) A. A. *Roguin*, Conflits, 569.

[2]) Im Falle Müller (*Hafner*, Nr. 146) und noch deutlicher im Falle Dreifus (ibid. Nr. 148) erklärten die Bundesbehörden, B. R. und B. Vers., den Richter des Begehungsortes einzig kompetent; vgl. aber *Ullmer*, I, Nr. 278, 280, wonach daneben auch der Gerichtsstand des Wohnortes zulässig ist.

schen Vormund und Mündel während bestehender Vormundschaft über die Führung der Vormundschaft vor dem Gericht auszufechten, wo die Vormundschaftsbehörde ihren Sitz hat. Nach beendigter Vormundschaft ist es zweifelhafter; es entspricht m. E. dem Sinne des Gesetzes, dass der Vormund auch nach Ablegung seines Amtes vor dem gleichen Gericht belangt werden könne; will er aber seinen früheren Mündel belangen, so hat er ihn an dessen Wohnort zu suchen (vgl. Art. 10 des Gerichtsstandsvertrages mit Frankreich vom 15. Juni 1869; *Roguin*, Conflits, 208).

Persönliche Ansprachen sind nach b. ger. Praxis auch vermögensrechtliche Klagen, die auf familienrechtlicher Grundlage beruhen; z. B. Entschädigungsanspruch wegen Verlöbnisbruch: B. Ger. V, 23; Sicherstellung des Kindesvermögens durch die Mutter: XVIII, 33; des Frauenguts: *Ullmer*, I, Nr. 256; des Muttergutes: *Ullmer*, II, Nr. 862; vgl. dagegen VII, 458: Schuldenruf behufs Bevogtigung[1]. Das B. Ges. von 1891 hat hieran nichts geändert. Zu jenen persönlichen Ansprachen auf familienrechtlicher Grundlage gehören nach den meisten kantonalen Rechten auch die Vaterschaftsklagen. Die Vaterschaftsklage kann gerichtet sein auf Strafe, Anerkennung des Familienstandes oder Vermögensleistungen; im letztern Fall kann der Anspruch gegründet sein auf eine unerlaubte Handlung oder bloss auf die Tatsache der natürlichen Vaterschaft[2]. Wenn die Klage auf eine unerlaubte Handlung gestützt wird, so ist sie gemäss Art. 50 O. R. in allen Kantonen zulässig, wenn die Voraussetzungen der unerlaubten Handlung zutreffen[3]; sie ist zweifellos eine «persönliche Ansprache». Gründet sie sich gemäss kantonalem Recht auf die blosse Tatsache der natürlichen Vaterschaft, so ist sie als familienrechtliche aufzufassen; das B. Ger. hat aber auch hier in konstanter Praxis erkannt, dass Art. 59 anwendbar sei, sofern die Klage auf vermögensrechtliche Leistungen, Alimente, und nicht auf Erlangung des Status des Vaters gehe; dass die natürliche Vaterschaft Voraussetzung der Alimentenforderung ist, ändert die Natur der Klage nicht. B. Ger. I, 173; II, 52; VII, 689; XIV, 523; XXVII, 164; XXVIII, 334[4]); im Urteil vom 21. Febr. 1894 i. S. Pietri, XX, 49, scheint das B. Ger. anzunehmen, dass, wenn sich die Alimentenklage auf das aussereheliche Verwandtschaftsverhältnis des Kindes gründet, Art. 9, Abs. 2, des B. Ges. vom 25. Juni 1891 das anzuwendende Recht, aber nicht den Gerichtsstand bestimme. Mit Unrecht: das B. Ges. bestimmt auch den Gerichtsstand, dieser ist aber der des Wohnsitzes, nicht der Heimat, wie das B. Ger. annimmt, im Gegensatz zu Art. 8[5]. Gleichgültig ist auch hier, dass der Anspruch nach dem in Polizeisachen üblichen Verfahren durchgeführt wird. Der Gerichtsstand des Strafprozesses ist aber gegeben, wenn die Forderung auf Alimente nur in Verbindung mit der Strafklage geltend gemacht werden kann, B. Ger. XIV, 517, oder wenn sie mit dem Strafprozess adhäsionsweise eingeklagt wird (unrichtig B. Ger. VII, 689). Nach

---

[1]) *Schoch*, 127.

[2]) *Näscheler*, a. a. O., 142. *Huber*, Schweiz. Privatrecht, I, 189 ff.

[3]) *Th. Weiss*, Vaterschaftsklage und Art. 50 O. R., Zeitschr. N. F. XV, 32 ff.

[4]) Ältere Entscheidungen bei *Ullmer*, II, Nr. 869 (Statusklage); I, Nr. 261—263; II, 870. *Hafner*, Nr. 76—78. Wenn die Klage auf Feststellung des Status und auf Alimente zugleich geht, ist sie als Statusklage zu betrachten: *Ullmer*, II, Nr. 868; *Hafner*, Nr. 82, 83. *Mnheim*, 286, ist a. A.

[5]) Vgl. *Bader*, das B. Ges. betr. die zivilr. Verh., 2. Aufl., S. 31.

dem Entwurf des schweiz. Zivilgesetzbuches, Art, 318, 320, kann die Vaterschaftsklage auf Vermögensleistungen oder zugleich auf Zusprechung des Kindes mit Standesfolge gehen; sie ist beim Richter am Wohnsitze des Klägers zur Zeit der Geburt oder am Wohnsitze des Beklagten zur Zeit der Klage anzubringen.

Erbstreitigkeiten sind nach ständiger b. ger. Praxis keine persönlichen Ansprachen i. S. des Art. 59; solche Klagen können vor den Gerichtsstand des Erblassers gebracht werden. Als Erbstreitigkeiten sind zu betrachten: einerseits Streitigkeiten über die erbrechtliche Nachfolge in den Nachlass, eine Nachlassquote oder einen Nachlassbestandteil, anderseits Erbteilungsstreitigkeiten: B. Ger., 29. Januar 1896, i. S. Iffrig, XXII, 22, und die dortigen Zitate. Keine Erbschaftsklage ist daher die Klage auf Herausgabe einer Erbschaftssache, deren Erbschaftsqualität bestritten ist: B. Ger. XV, 550; XVIII, 452 (wo das Konkordat von 1822 in Frage stand); sei nun der Beklagte selbst Erbe oder nicht; wohl aber die Klage eines Erben gegen den anderen auf Herausgabe des dem Kläger zukommenden Teils der Erbschaft, in natura oder dem Geldwert nach: B. Ger. XXIII, 57; VIII, 197; *Hafner,* Nr. 112; ferner die Geltendmachung einer Forderung des Erblassers: B. Ger. XXI, 350; XXII, 22; XXIV, 67, oder einer Schuld des Erblassers: B. Ger. XIII, 273[1]). Die Pflicht des Erben, das Vorempfangene einzuwerfen, ist dagegen eine erbrechtliche, mit der Teilungsklage geltend zu machende: B. Ger., 3. März 1897, i. S. Ackermann, XXIII, 46. Wie in diesem Urteil ausgeführt, unterscheidet sich der erbrechtliche Anspruch deutlich von allen andern dadurch, dass er erst infolge des Todes des Erblassers entsteht, zu seinen Lebzeiten also nicht geltend gemacht werden kann. Die Anfechtung einer Veräusserung des Erblassers durch seine Erben ist m. E. auch erbrechtlicher Natur, denn das Recht der Erben auf ihren Pflichtteil entsteht erst durch den Tod des Erblassers; unentschieden: B. Ger. VII, 724, vgl. dagegen das Urteil vom 4. Nov. 1881 i. S. Wiget, VII, 686, wo ein Erbauskauf deshalb angefochten wurde, weil er die den Erben statutarisch gesicherte *Erbanwartschaft* verletzte; die Klage wurde mit Recht als dingliche bezeichnet; sie war streng genommen keine erbrechtliche. Die Klage des Legatars auf Herausgabe des Legates ist eine erbrechtliche und konsequenterweise auch die Klage der Erben auf Rückgabe des Legates wegen Nichterfüllung einer Bedingung; diese letztere Klage wird aber richtiger an das Forum des Beklagten verwiesen werden[2]). Der Gerichtsstand des Erblassers sollte m. E. auch anerkannt werden für die Geltendmachung von Ansprüchen, die zwar im ehelichen Güterrecht begründet sind, die aber erst durch Ableben eines Ehegatten realisierbar werden; vgl. Art. 26 des 1891er Gesetzes, wo bestimmt ist, dass diese Ansprüche nach gleichem Recht zu beurteilen sind wie die erbrechtlichen[3]). Endlich ist der Gerichtsstand der Eröffnung der Erbschaft zulässig für nicht erbrechtliche Forderungen gegen den Erblasser, solange die Erbschaft nicht angetreten oder nicht geteilt ist, aber nur, wenn aus der Masse allein Befriedigung verlangt

[1]) *Hafner*, Nr. 67.

[2]) So entschied die B. Vers. im Falle Cottier den 12. Januar 1863 entgegen dem B. R. *Ullmer*, II. Nr. 874; das Gleiche müsste gegenüber einem Erben gelten. *Schoch*, 137, betrachtet die Klage des Legatars als eine persönliche.

[3]) Das B. Ger. hat anders entschieden XIV, 64 (Weibergutsforderung), vor Inkrafttreten des B. Ges.

wird[1]): B. Ger. II, 57; 17. Sept. 1887 i. S. Bernheim, XIII, 273; 4. Nov. 1903 i. S. Iffrig, XXIX, 428, wo unter Verweisung auf Art. 22 des 1891er Gesetzes bemerkt ist, Domizil der Verlassenschaft als juristischer Person sei eben der letzte Wohnsitz des Erblassers; die Erbsmasse sei also gerade nach Art. 59 dort zu belangen. In der Tat ist anzunehmen, dass das genannte B. Ges. an den dargelegten Grundsätzen der Gerichtspraxis über den Gerichtsstand der Erbschaft nichts ändern wollte.

Dingliche Klagen sind keine «persönlichen Ansprachen»[2]); sie können vor einem andern Richter als demjenigen des Wohnortes, z. B. vor dem Richter der gelegenen Sache erhoben werden.

Dahin gehören zunächst die Eigentumsklagen, handle es sich um bewegliche oder unbewegliche Sachen[3]); den beweglichen Sachen sind Wertpapiere und Warenpapiere gleichzustellen, d. h. Papiere, deren Besitz allein das Verfügungsrecht über die Forderung oder die Ware verleiht im Gegensatz zu blossen Beweisurkunden (O. R. 199, 209). Dahin gehören auch Gülten, sofern nicht das Recht *aus* der Gült, sondern *an* der Gült geltend gemacht wird: B. Ger. XXIII, 29; *Ullmer,* I, Nr. 271. Dingliche Klagen sind vor allem die Vindikations- und die Negatorienklage.

Es kann danach der Dritteigentümer gepfändete oder sequestrierte Sachen am Orte, wo sie sich befinden, vindizieren; B. Ger. IV, 18; VII, 27; XIII, 159. Das Betreibungsgesetz vom 11. April 1889 spricht sich über den Gerichtsstand der Widerspruchsklage nicht aus (Art. 107); es gilt daher kantonales Recht und bei Konflikt interkantonaler Gerichtsstandsnormen der Gerichtsstand der belegenen Sache; das Gleiche ist anzunehmen für die Vindikation einer Sache des Schuldners in Dritthänden (Art. 109): B. Ger. XXIV, 227; XXV, 37; XXIX, 77. Das Gesagte gilt auch für sequestrierte Gegenstände (Art. 275) und wohl auch für dingliche Klagen zwischen der Konkursmasse und Dritten oder umgekehrt (Art. 242)[4]). — Die Klage auf Befreiung eines Grundstückes von einer behaupteten dinglichen Belastung kann am Orte der gelegenen Sache angestrengt werden: B. Ger. VIII, 713; dahin gehört auch die Klage auf Löschung eines Grundpfandes: B. Ger. VIII, 455; X, 459; vgl. XVIII, 671. Die Herausgabe des Titels stellt sich als nebensächliche Forderung der Klage auf Löschung dar, wenn er bloss Beweisurkunde ist, als Hauptklage dagegen, und zwar als Vindikation, wenn er ein Wertpapier ist wie die Gült[5]); in keinem Fall findet aber Art. 59 Anwendung.

Die Klage des *Miteigentümers* gegen einen Nichteigentümer oder umgekehrt ist eine dingliche, wie bei Alleineigentum; die Klage eines Miteigentümers gegen einen andern Miteigentümer, sowie die Teilungsklage, sind dingliche oder persönliche, je nachdem sie sich auf ein obligatorisches Rechtsverhältnis unter den Miteigentümern, wie Gesellschafts- oder Teilungsvertrag stützen, oder auf Rechte, die den Miteigentümern von

---

[1]) *Hafner,* Nr. 47; B. R. B. vom 3. April 1872 i. S. Fossa.
[2]) *Welti,* 51.
[3]) *Hafner,* Nr. 92, 96; *Ullmer,* II, Nr. 873.
[4]) *Jäger,* Kommentar, S. 188, 196, 443, 490. *Reichel,* Kommentar des Betreibungsgesetzes ist a. M. bezüglich der Widerspruchsklage, S. 132, 365, 399. *Peter,* Die sog. Widerspruchsklage. Zeitschr. N. F. XVII, 394; *Pedrazzini,* Die Widerspruchsklage, Diss., Freiburg i./Ü. 1895, 53, 68, 77.
[5]) Das B. Ger., III, 456, scheint in diesem Fall eine persönliche Klage anzunehmen. *Rognin,* Conflits, 581.

Gesetzes wegen zustehen, z. B. das gesetzliche Recht der Miterben, die Teilung zu verlangen[1]. Wenn das Eigentumsobjekt eine unbewegliche Sache ist, dürfte aber ungeachtet dieses theoretischen Unterschiedes das forum rei sitae anerkannt werden.

*Besitzes*streitigkeiten über bewegliche oder unbewegliche Sachen fallen nicht unter Art. 59 B. V.; B. Ger. vom 16. Febr. 1883 i. S. Schmid, IX, 37, 43.

Wenn das Begehren um Befreiung von einer *Dienstbarkeit* die Geltendmachung des Eigentums bedeutet, so ist die Behauptung der Existenz einer Dienstbarkeit auf dieses angebliche Recht gestützt; sie ist daher ohne Zweifel auch eine dingliche Klage; das B. Ger. hat m. W. noch keinen Streit über diese letztere Frage zu entscheiden gehabt.

Grundlasten sind mit Recht als dingliche Rechte bezeichnet worden: B. Ger., I, 171: Wuhrpflicht; vom 21. Sept. 1888 i. S. Sutermeister, XIV, 408: Zaunpflicht; vgl. den schweiz. Zivilgesetzentwurf, Art. 775 ff.[2].

Das *Pfandrecht* an Mobilien oder Immobilien ist ein dingliches Recht, es kann daher am Orte, wo das Pfand liegt, geltend gemacht werden[3]; nach Art. 51 des Betreibungsgesetzes kann die Betreibung auf Verwertung eines Faustpfandes entweder am Wohnsitze des Schuldners oder am Ort, wo sich das Pfand oder der wertvollste Teil desselben befindet, angehoben werden. Für grundversicherte Forderungen findet die Betreibung nur da statt, wo das verpfändete Grundstück oder von mehreren das wertvollste liegt. Nach alter Praxis verliert aber auch die pfandversicherte Forderung den Charakter einer persönlichen Ansprache; auch wenn bloss aus der Forderung geklagt wird, ist der Gerichtsstand des Wohnortes nicht verbindlich; nur muss der Schuldner vor diesem Forum auch mit seinen Einreden gegen die persönliche Forderung gehört werden: B. Ger., I, 165; VI, 197, 371; XVII, 376[4]; nach Urteil des B. Ger. vom 24. März 1876 i. S. Läubli u. Wullschläger, II, 47, gilt das Gesagte sogar für die Zinsen eines pfandversicherten Kapitals; mit Recht. Ist eine Forderung durch den «Blumen» sicher gestellt, so kann sie am Orte, wo der «Blumen» (d. h. das Futter oder das Vieh, welches das Futter verzehrt hat) sich befindet, geltend gemacht werden: B. Ger., VII, 14: Forderung aus verkauftem Heu; X, 203; XV, 137: Forderung des Gültgläubigers.

Wie das Pfandrecht, so begründet auch das *Retentionsrecht* den Gerichtsstand der belegenen Sache; B. Ger. vom 27. Juni 1879 i. S. Schindler, V, 16: Retentionsrecht des Vermieters an den illata; VII, 32: Konflikt mit dem Dritteigentümer; XVII, 378: Retentionsrecht des Kommissionärs; *Hafner,* Nr. 103—105. Art. 59 verbietet den Kantonen und dem Bundesgesetzgeber nicht, für gewisse Forderungen Pfand- und Retentionsrechte aufzustellen[5]. Der das Retentionsrecht Beanspruchende muss aber die Sache in seinem Gewahrsam haben, B. Ger., III, 60, 638, oder sie müssen ihm rechtswidrig durch den Schuldner entzogen worden sein[6].

---

[1]) Vgl. den Fall Duclaux, *Hafner,* Nr. 58; die Teilungsklage einer Alpgenossenschaft wurde vom B. R. als persönliche erklärt, 11. Dez. 1865; m. E. mit Unrecht. *Rogain,* Conflits, 597. *Schoch,* 120. *Muheim,* 269, erklärt Art. 59 anwendbar.

[2]) *Ullmer,* I, Nr. 269: Zehnten; II, Nr. 871; unentschieden bei *Hafner,* Nr. 93. Vgl. B. Ger., VI, 177.

[3]) *Ullmer,* I, Nr. 268, 272.

[4]) Anders *Ullmer,* I, Nr. 266; *Hafner,* Nr. 100, 101.

[5]) *Ullmer,* I, Nr. 312, 313, 316, 317; II, Nr. 903.

[6]) *Hafner,* Nr. 102.

Die *Hinterlegung* eines streitigen Betrages «*hinters Recht*» bei einer Behörde oder einer Privatperson mit der Verpflichtung, sie der obsiegenden Partei herauszugeben, begründet dagegen kein dingliches Recht, weder des Hinterlegenden noch der Gegenpartei, und somit auch keinen Gerichtsstand am Ort der Hinterlegung: B. Ger., VII, 491; X, 33; *Hafner,* Nr. 66; vgl. dagegen VI, 530, wo eine Partei Pfandrecht behauptete an der hinterlegten Summe; tritt die deponierte Summe an Stelle eines Pfandes oder retinierter Sachen, so bleibt das ursprüngliche Forum der durch Pfand- oder Retentionsrecht garantierten Forderung bestehen: B. Ger. vom 10. Mai 1884 i. S. Amstad, X, 203; XXIV, 222; *Ullmer,* I, Nr. 270.

Klagen aus einem *Vertrag,* auch wenn er die *Übertragung eines dinglichen Rechtes* zum Gegenstand hat, sind nach der Gerichtspraxis stets persönliche Ansprachen. Geht man von der theoretischen Natur des geltend gemachten Rechtes aus, so ist das gewiss richtig; es scheint mir aber fraglich, ob in einer Gerichtsstandsnorm, wie Art. 59, der Ausdruck «persönliche Ansprache» namentlich bei Prozessen über Immobilien in diesem rigorosen Sinn zu nehmen sei. Besteht nicht der gleiche Grund, die Klage beim Gerichtsstand der gelegenen Sache zuzulassen, stütze sie sich nun auf schon bestehendes Eigentum oder auf einen Kaufvertrag? Warum soll dem Kläger entgegengehalten werden, sein Recht auf die Sache sei kein dingliches, d. h. es könnte nicht gegenüber jedem Inhaber der Sache geltend gemacht werden, während er es doch nur gegenüber dem einen, dem Vertragsgegner, geltend machen will? Man würde damit einer sonst unvermeidlichen Schwierigkeit entgehen, der nämlich, dass in vielen Fällen der Kläger sowohl die dingliche wie die Vertragsklage anstellen kann: der Vermieter, der seinen Mieter ausweisen will, kann die Eigentumsklage erheben; sein Eigentumsrecht berechtigt ihn ja zur Ausweisung, sofern er nur durch keinen Vertrag gebunden ist; der Eigentümer einer ausgeliehenen oder zur Reparatur ausgehändigten Sache kann sie ebensogut mit der Eigentumsklage wie mit der Vertragsklage zurückfordern; ähnlich bei Nichtigkeit oder resolutiver Bedingtheit eines Veräusserungsgeschäftes. Überall wo die Klage auf Übertragung des Besitzes oder Eigentums an einer bestimmten Sache geht, sollte m. E. logischerweise das forum rei sitae anerkannt werden, wenn dieses Forum für die Geltendmachung dieser dinglichen Rechte anerkannt wird, was bei Mobilien allerdings weniger zwingend erscheint als bei Immobilien.

Viel heikler ist es, auch Klagen, die zugleich oder ausschliesslich auf Bezahlung einer Geldsumme gehen, an das Forum der belegenen Sache zu verweisen, weil sie mit einer Sache in mehr oder weniger direktem Zusammenhang stehen; die Praxis dürfte wohl in vorsichtiger Entwicklung dazu gelangen, jenes Forum für Forderungen aus Werk- und Mietverträgen über Immobilien zuzulassen[1]), bei Mobilien aber nicht.

Die Praxis folgt streng der Unterscheidung zwischen dinglicher und persönlicher Natur der Klage. Die Klage auf Erfüllung des Kaufvertrages ist eine persönliche bei Immobilien wie bei Mobilien; B. Ger.,

[1]) *Roguin,* Conflits, 596, postuliert die Anerkennung dieses Gerichtsstandes wenigstens für die Klagen aus Immobiliarkaufverträgen.

III, 57 (Mobilien); *Ullmer,* I, Nr. 253, 254 (Immobilien); ebenso die Klage auf Schadenersatz wegen Mängel der verkauften Sache: B. Ger., III, 223 Entschädigunganspruch); oder auf Aufhebung des Kaufvertrages aus dem gleichen Grunde: B. Ger., IV, 119. Persönlich ist ebenfalls die Klage auf Nichtigkeit eines Liegenschaftsverkaufes: B. Ger. vom 25. Okt. 1898 i. S. Probst, XXIV, 660, wo der Verkäufer auf Nichtigerklärung wegen Simulation, Betrug und Mangel an einer causa klagte; der umgekehrte Fall, im gleichen Sinn entschieden, bei *Ullmer,* II, Nr. 864. Die paulianische Anfechtungsklage wurde ebenfalls als dingliche erklärt und dem Art. 59 unterstellt, da das Betreibungsgesetz keine Norm über diesen Gerichtsstand enthalte: B. Ger., XXIV, 126[1]. — Die Klage aus einem Immobiliar*mietvertrag* ist eine persönliche: B. Ger. vom 6. Mai 1903 i. S. Baudet, XXIX, 164, und ebenso die Klage auf Bezahlung von Arbeiten an einem Hause: B. Ger. vom 3. Juli 1880 i. S. Nef, VI, 366.

Persönlich ist von diesem Standpunkt auch die Klage auf Schadenersatz gegen einen Grundeigentümer wegen rechtswidriger Ausübung seines Eigentumsrechtes: B. Ger. vom 17. Nov. 1877 i. S. Bertschinger, III, 633: Schädigung durch Ausübung eines Bergrechts[2], um so mehr die Klage wegen Beschädigung von Grundeigentum, B. Ger., XXX, 2, und die Klage aus Art. 67 und wohl auch 68 O. R.

Dagegen wurde entschieden, dass persönliche Forderungen, die mit einem dinglichen Recht accessorisch zusammenhangen beim gleichen Forum wie dieses eingeklagt werden können, z. B. Ersatz für konsumierte Früchte bei Vindikation: B. Ger. vom 30. Dez. 1882 i. S. Gujer, VIII, 691.

Das B. Ger. hat sich nur einmal mit der Frage zu beschäftigen gehabt, ob Klagen aus *geistigem Eigentum* dingliche Klagen seien; theoretisch ist die Klage auf Unterlassung des Gebrauchs fremder Marken, Herkunftsbezeichnungen, Muster und Modelle, Erfindungen, oder literarischer und künstlerischer Werke eine dingliche; die Klage auf Schadenersatz wegen solchen rechtswidrigen Gebrauchs eine persönliche. Handelt es sich aber um die Bestimmung des Gerichtsstandes, so ist auch die erste als persönliche zu betrachten und am Wohnorte des Beklagten zu erheben, denn der Gegenstand des Rechts hat keinen örtlichen Sitz. Das B. Ger. erklärte mit Urteil vom 9. Januar 1886 i. S. Raeber, XII, 29, die Klage auf Zerstörung rechtswidriger Marken mit Recht als eine persönliche, aber aus unrichtigen Gründen; das Recht des Markeneigentümers auf Zerstörung der rechtswidrigen Marken ist nur eine Äusserung seines dinglichen Markenrechts, somit selbst dinglicher Natur; die Klage ist aber trotzdem am Forum des Beklagten zu erheben.

Die *Erfüllung prozessualischer Pflichten* der einen oder andern Prozesspartei kann vor dem Prozessgericht eingeklagt werden im Wege eines Inzidenzstreites. Der Gerichtsstand begründet eben die Pflicht, nach dem dort geltenden Verfahren Recht zu nehmen. Eine andere Frage ist, ob das Gericht des Wohnortes für alle Zwischenverfügungen ausschliesslich kompetent ist, auch für diejenigen zur Erhaltung des Streitgegenstandes; das B. Ger., VI, 22, scheint dies anzunehmen; ebenso *Schoch,* S. 17. Vgl. Art. *61.* Schwieriger ist die Bestimmung des

[1]) *Jäger,* Kommentar, S. 510.
[2]) Unrichtig *Hafner,* Nr. 93.

Gerichtsstandes, wenn diese Pflicht geltend gemacht werden will, bevor ein Prozess hängig ist, z. B. die Beweisführung zu ewigem Gedächtnis. Der Fall ist m. E. zu behandeln wie die Verpflichtung, in einem fremden Prozess als Zeuge oder anderswie mitzuwirken: Art. 59 findet nicht Anwendung, weil die Voraussetzung der persönlichen Ansprache nicht vorliegt. Ob ein ausserhalb des Kantons Wohnender dazu verhalten werden kann, ist eine Frage der Hoheitsabgrenzung der Kantone untereinander; das B. Ger. hat sie grundsätzlich verneint: Urteil vom 30. Dez. 1882 i. S. Berli, VIII, 718; vgl. V, 158; s. oben Art. *61;* nach Art. 91 und 222 des Betreibungsgesetzes ist heute im Betreibungsverfahren gegenüber dem Schuldner der Gerichtsstand der Betreibung gegeben[1]).

Der Anspruch auf *Bildung eines Schiedsgerichts* wurde als ein persönlicher erklärt; wird daher der Schiedsgerichtsvertrag streitig, seiner Gültigkeit oder seinem Inhalt nach, so ist der Streit vor den Richtern des Wohnorts des Beklagten zu bringen: B. Ger. vom 22. Okt. 1881 i. S. Gerber, VII, 706: Gültigkeit des Kompromisses; XVIII, 617; XXV, 336: Bestreitung der Kompetenz des Schiedsgerichts; ebenso über letztere Frage: *Hafner,* Nr. 59, 60; vgl. B. Ger. i. S. Haueter, III, 213, das keineswegs mit dem Urteil i. S. Gerber in Widerspruch steht, wie *Roguin,* Conflits, 535, meint, denn im Falle Haueter lag ausser dem Kompromiss ein Gerichtsstandsvertrag vor.

Das B. Ger. hat stets angenommen, dass das Prozessgericht kompetent sei zur *Moderation der Anwaltshonorare,* trotzdem es sich hier um eine persönliche Ansprache des Anwaltes gegen seinen Mandanten handelt; mit Recht; die Einrichtung ist im Interesse des Schuldners getroffen; die Höhe der einzelnen Ansätze wird zwar dadurch rechtskräftig bestimmt, es bleibt aber dem Schuldner unbenommen, die Existenz seiner Schuld zu bestreiten, und dann ist er vor dem Richter seines Wohnortes zu belangen: *Ullmer,* I, Nr. 227, 307; B. Ger., IX, 434; XIV, 411; XXVI, 180. Über Ersatz der *Gerichtskosten* und *Prozessentschädigung* kann das in der Hauptsache kompetente Gericht entscheiden. *Ullmer,* I, Nr. 296; vgl. B. Ger., VI, 22.

Die **Natur eines Streites** ergibt sich im Grunde nicht aus der Klage allein, sondern erst aus der Klagbeantwortung; denn daraus ergibt sich erst, was bestritten ist unter den Parteien. Die Kompetenz des Gerichtes muss sich aber nach der Klage allein bestimmen, weil die Kompetenzfrage erledigt sein muss, bevor sich der Beklagte auf die Klage sachlich einlässt. Wenn z. B. ein Kläger ein Pfandrecht am Orte, wo er sich befindet, geltend macht, so ist das Gericht dieses Ortes, sofern nur das angebliche Pfand wirklich dort liegt, zur Beurteilung des Anspruchs kompetent; woraus sich ergibt, dass der Kläger, bei bestrittener Kompetenz, nur zum Beweise solcher Tatsachen verhalten werden kann, von welchen nicht die Gutheissung seines Anspruches abhängt[2]). Nun

[1]) Die Einvernahme des Schuldners ausserhalb Betreibung und Prozess wurde als persönliche Ansprache behandelt: *Hafner,* Nr. 51, B. R. vom 27. Okt. 1874 i. S. Wäber. Beweisverfahren zu ewigem Gedächtnis gegenüber dem Schuldner: *Hafner,* Nr. 56 (unentschieden); gegenüber Zeugen keine persönliche Ansprache: *Hafner,* Nr. 72, B. R. vom 14. Aug. 1874 i. S. Mühlethaler.

[2]) Unrichtig deshalb *Hafner,* Nr. 114. B. R. vom 26. Aug. i. S. Kinder Keller, bestätigt durch die B. Vers., wo die Anfechtung eines durch den Erblasser abgeschlossenen Abtretungsvertrages deshalb nicht als erbrechtliche Streitigkeit bezeichnet wurde, weil die Klage nicht aus erbrechtlichen Gründen bestritten wurde. Richtig *Hafner,* Nr. 113. B. R. B. vom 26. Juni 1867 i. S. Erben Hangartner.

kann aber der Kläger seiner Klage einen Charakter geben, der dem zwischen den Parteien in Wirklichkeit streitigen Verhältnis nicht entspricht; er kann namentlich die Klage als dingliche anstrengen, während der Streit über ein vertragliches Verhältnis geht, weil er weiss, dass der dingliche Anspruch nicht beurteilt werden kann, ohne dass über das Vertragsverhältnis zugleich entschieden würde. Z. B. der Verkäufer eines Pferdes vindiziert dasselbe vom Käufer, weil der Kauf nicht gültig oder nicht erfüllt worden sei; der angebliche Gesellschafter klagt auf Anerkennung seines Miteigentums, weil die Sache Gesellschaftsgut sei; der Darlehensnehmer begehrt Löschung der bewilligten Hypothek, weil die Darlehenssumme nicht bezahlt worden sei; umgekehrt kann der Grundeigentümer, der eine Dienstbarkeit bestreitet, die Frage in Form einer Schadenersatzklage gegen seinen Nachbarn zur Sprache bringen; in solchen Fällen kommt aber Art. 59 nur in Betracht, wenn der Kläger trotz der persönlichen Form seines Begehrens seine Klage vor dem Richter der belegenen Sache vorbringen will; B. Ger., XXIII, 37; vgl. XVII, 563.

Das B. Ger. hat richtig entschieden, dass grundsätzlich das Petitum der Klage über ihre Natur entscheidet; genauer: der in der Klage geltend gemachte *Anspruch;* denn dasselbe Klagbegehren, dasselbe Verhalten des Beklagten kann auf Grund verschiedener Ansprüche gefordert werden; B. Ger., XXIII, 37; XXIV, 67[1]. Wenn dieser Anspruch nicht klar formuliert ist, so ist er aus den übrigen klägerischen Vorbringen zu ermitteln, vgl. die zit. b. ger. Urteile und XXIV, 129, 222, 659. Ist die Natur des geltend gemachten Anspruchs ermittelt, so fragt es sich, ob dieser allein massgebend sein soll, trotzdem die vor dem Richter zu debattierende Frage eine obligationenrechtliche ist und trotzdem der Kläger der Klage ebensogut die Form einer persönlichen hätte geben können. Wenn, wie in den oben angeführten Fällen, der Kläger wirklich sein Begehren auf ein dingliches Recht stützt, das er eben darum wirksam zu sein behauptet, weil der angeblich entgegenstehende obligatorische Anspruch nicht besteht, so kann er die Klage als dingliche erheben, ohne dass ihm eine Umgehung des Art. 59 vorgeworfen werden könnte; er weiss ja vielleicht nicht, dass der Beklagte ihm ein Vertragsverhältnis entgegenhalten wird; so B. Ger., XV, 92; vom 7. Okt. 1892 i. S. Leuthold, XVIII, 651; XXIV, 220, Erw. 3; vgl. XXIV, 659, wo die Klage nicht als dingliche formuliert war. Etwas anderes ist es aber, wenn der Kläger ein dingliches Recht geltend macht, das er offenbar, nach seinen eigenen Darlegungen, nicht hat oder das nicht in Frage steht; z. B. wenn er die Eigentumsklage anstellt gegen den Depositar einer hinterlegten streitigen Summe; oder wenn er gegen den Veräusserer einer Sache die Klage auf Feststellung seines, des Klägers, Eigentum an der zu Eigentum veräusserten Sache, *oder* auf Schadenersatz wegen rechtswidriger Veräusserung anstellt (B. Ger. vom 12. April 1878 i. S. Frossard, IV, 224). Das Gleiche wäre zu sagen von einem Kläger, der Eigentum behauptete an einem Grundstück, das im Grundbuch auf einen andern Namen eingetragen ist; ist dies zugestanden, so kann er offenbar, nach Grundbuchrecht, nur Übertragung des Eigentums mit persönlicher Klage verlangen. Gegenüber einer solchen, dinglich formulierten Klage

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 282, 305; II, Nr. 873; *Hafner,* Nr. 92 (widersprechend); vgl. dagegen *Salis,* III, Nr. 1073, S. 143 ff.

stehen dem Gerichte zwei Wege offen: entweder es nimmt die Klage als dingliche an, behandelt sie aber auch lediglich als dingliche, d. h. es weist sie in den erwähnten Beispielen einfach ab und erklärt sich, im zweiten Beispiel, in bezug auf das alternativ gestellte Entschädigungsbegehren inkompetent. Oder aber, was weniger korrekt, aber vernünftiger ist, es erklärt sich von vornherein inkompetent, weil sich die Klage, soweit sie ernstlich in Betracht kommt, als eine persönliche darstellt. Weniger korrekt ist dies, weil sich dieses Urteil des Gerichts auf die materielle Unbegründetheit des dinglichen Anspruchs stützt; vernünftiger ist es aber, weil sonst der Beklagte gezwungen wird, sich materiell auf eine gänzlich unbegründete Klage einzulassen, wobei er doch das ganze Rechtsverhältnis auseinandersetzen muss und wobei das Gericht leicht über seine verfassungsmässige Kompetenz hinausgeht. Das B. Ger. hat mit Recht in diesem letztern Sinne entschieden: IV, 224; XXIV, 67[1]); vgl. VI, 530; vielleicht in unbewusster Abweichung von seinem leitenden Prinzip.

Unrichtig ist es dagegen, wenn das B. Ger. als Umgehung des Art. 59 die Erhebung einer Strafklage wegen böswilliger Nichterfüllung einer Unterstützungspflicht hinstellt; bestand eine solche Klage nach kantonalem Recht, so durfte sie auch am strafrechtlichen Forum erhoben werden; B. Ger., III, 615.

b. *Form der Klage.*

Nach ständiger bundesgerichtlicher Praxis verbietet Art. 59 nicht, die *Provokation* einer Person zur Klage vor dem Gerichte des Provokanten anzubringen, wenn der Provokat diese Klage ihrer persönlichen Natur halber dort hätte erheben müssen; es liegt darin in der Tat keine Abweichung von der Gerichtsstandsnorm der B. V.[2]), sondern ein Zwang zur Erhebung der Klage innerhalb bestimmter Frist bei Strafe der Verwirkung: B. Ger., II, 412; III, 226; XXIV, 656; *Ullmer,* I, Nr. 298; II, Nr. 897; *Hafner,* Nr. 100, 101.

Dieser Grundsatz führt aber zur Umkehrung der Parteirollen und damit zur Umgehung des Art. 59, wenn der Provokant die Klage des Provokaten nur erhoben wissen will, um ihr an seinem eigenen Wohnsitz einen Gegenanspruch entgegenstellen zu können[3]). Die Schwierigkeit ist m. E. dahin zu lösen: der Provokant darf nicht der Klage des Provokaten eine Widerklage, sondern nur Einreden entgegenstellen; wenn er einen selbständigen Anspruch erheben und zur gerichtlichen Anerkennung bringen will, mag er den Provokaten an seinem Wohnort suchen. Der Verkäufer eines Pferdes darf nicht den Käufer provozieren, seine Klage auf Lieferung des Pferdes am Wohnort des Verkäufers zu erheben, um dort widerklagsweise feststellen zu lassen, dass der Käufer ihm den Preis noch schuldet; er darf aber der so provozierten Erfüllungsklage mit der Einrede begegnen, dass der Preis nicht bezahlt sei, womit er nur erreicht, dass rechtskräftig festgestellt wird, dass er das Pferd nicht zu liefern braucht, nicht aber, dass der Käufer ihm

---

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 269, S. 274; II, Nr. 867.
[2]) A. A. *Curti,* 46.
[3]) *Schoch,* 178.

den Preis schulde; will er darüber ein rechtskräftiges Urteil, so muss er den Käufer an seinem Wohnsitz belangen. Ähnlich verhält es sich mit andern konnexen Ansprüchen. Die Provokation ist mit Art. 59 vereinbar, wenn der Provokant dem Anspruch nur einredeweise, kompensationsweise seine Gegenforderungen entgegenstellt; erhebt er Widerklage, so könnte in diesem Zeitpunkt noch die Kompetenz des Gerichts auf Grund von Art. 59 angefochten werden[1]. Der B. R. hat daher mit Recht entschieden, der Provokat könne den Gerichtsstand des Provokanten ablehnen, wenn er erkläre, seinen zur Klage provozierten Anspruch nur einredeweise geltend machen zu wollen; *Ullmer,* I, Nr. 297. Praktisch kommt das darauf hinaus, dass derjenige, der die kleinere Geldforderung hat, den Schuldner zur Geltendmachung seiner höheren Gegenforderung provozieren kann, und durch Kompensation seine eigene Forderung zur Geltung bringen kann; ein, wie mir scheint, sehr annehmbares Resultat.

Feststellungsklagen dagegen, sagt das B. Ger., 13. Dez. 1899, i. S. Chappuis, XXIV, 424, und 6. November 1901 i. S. Brandeis, XXVII, 466, sind am Wohnort des Beklagten anzustellen; wenn es sich um die Feststellung handelt, dass der Kläger nichts *schuldet,* ist nicht einzusehen, warum hier anders entschieden werden sollte als bei der Provokation. Der Feststellungskläger ist ja eben der Schuldner, und dadurch, dass er die Initiative ergreift, wird der formell Beklagte nicht in seinem Rechte auf den Gerichtsstand des Art. 59 verletzt, sondern höchstens in seiner Freiheit, sein Recht geltend zu machen oder nicht, die aber verfassungsrechtlich nicht garantiert ist. Aus Art. 83 und 86 des Betreibungsgesetzes ist kein argumentum a contrario zu ziehen.

Der Gerichtsstand der *Widerklage* wird durch Art. 59 nicht ausgeschlossen, sofern Klage und Widerklage konnex sind[2]. Die Konnexität ist gegeben, wenn der Anspruch des Widerklägers auf das gleiche Vertragsverhältnis gegründet wird wie der des Klägers, z. B. Klage auf Zahlung des Kaufpreises und Widerklage auf Entschädigung wegen Gewährsmängeln: B. Ger., V, 315; VI, 535; *Hafner,* Nr. 132.

Es genügt aber, dass beide Ansprüche, wenn nicht eine identische, so doch eine zum Teil gemeinsame tatsächliche Grundlage haben, derart, dass die Würdigung der tatsächlichen Grundlage der Klage die Würdidung derjenigen der Widerklage erleichtert; denn darin liegt m. E. die Berechtigung des Gerichtsstandes der Widerklage, welcher den Kläger seines natürlichen Richters beraubt, dass die gerichtliche Beurteilung der Klage in tatsächlicher Beziehung diejenige der Widerklage fördert. Besteht aber diese Verwandtschaft des Tatbestandes nicht, so ist kein genügender Grund vorhanden, einen Beklagten vor dem Gerichte des Klägers festzuhalten, weil er zufällig dort den nunmehrigen Kläger beklagt[3]. Das B. Ger. steht, wenn auch nicht klar ausgedrückt, auf dem gleichen Boden. In einem Urteil vom 25. März 1881 i. S. Wicki, VII, 21, führt es aus, es sei nicht erforderlich, dass zwischen Klags- und Widerklagsanspruch eine materielle Konnexität im strengen Sinn bestehe, d. h. dass diese Ansprüche aus dem gleichen Rechtsgeschäft, bezw. aus der

---

[1]) *Rognin,* Conflits, 601, macht diese Unterscheidung nicht.

[2]) A. A. *Schoch,* 167.

[3]) *Rognin,* Conflits, 605, begnügt sich mit gleicher rechtlicher Grundlage oder gleicher rechtlicher Natur der Klagen.

gleichen juristischen Tatsache entsprungen seien; es genüge, wenn der Entstehungsgrund des Klags- und derjenige des Widerklagsanspruchs zwar nicht identisch, wohl aber unter sich in einem innern Zusammenhang stehen, insbesondere zu einem Komplexe verschiedener, aber unter sich zusammenhängender Geschäfte der Litiganten gehören, in specie ein Komplex von Kredit- und Wechselgeschäften, wobei der Konnexität die abstrakte Natur des Wechsels nicht entgegenstehe. Im Urteil vom 29. Mai 1895 i. S. Schwank, XXI, 357, wurde der Gedanke, etwas zu eng, dahin formuliert, eine Partei könne sich nicht beschweren, wenn der Richter die Gegenansprüche des Beklagten prüfe in einer Sache, die ohne das nicht richtig beurteilt werden könne. Die Konnexität wurde angenommen zwischen der Forderung des Klägers an seinen Angestellten auf Ablieferung bezogener Beträge und der Gegenforderung des Angestellten auf Zahlung eines Lohnsaldos; sie wurde aber verneint bezüglich einer zweiten Gegenforderung wegen Beleidigung und Kreditschädigung; ob dies richtig war, lässt sich nur nach dem damaligen Tatbestand beurteilen. Vgl. auch B. Ger., VIII, 430; nach B. Ger., XXVII, 34, ist der Gerichtsstand der Widerklage bundesrechtlich zulässig auch gegenüber einer im Strafprozesse adhäsionsweise geltend gemachten Zivilforderung. Im Falle de la Valette, B. R. vom 25. März 1865, *Hafner,* Nr. 129, wurde entschieden, der Kläger habe am Forum der Klage für trölerhaftes Prozedieren Antwort zu stehen. Im Falle Wladar, B. Ger., XVII, 357, wurde der Strafrichter kompetent erklärt, den Antragsteller zu einer Entschädigung an den freigesprochenen Angeklagten zu verurteilen, weil es sich nicht um einen gemeinrechtlichen Zivilanspruch handelte; auch ohne dies wäre das Gericht zuständig gewesen[1]. — Nach Art. 273, Abs. 2, des Betreibungsgesetzes ist die Schadenersatzklage aus ungerechtfertigtem Arrest beim Gerichte des Arrestortes anzustellen. Die Konnexität ist dagegen nicht erforderlich zur Erhebung einer Einrede, namentlich der Kompensation, wie schon bemerkt; B. Ger., II, 207; VII, 227. Die prozessuale Einkleidung der Einrede ist gleichgültig; wesentlich ist, ob mit dem Vorbringen bloss bezweckt wird, die Forderung des Klägers abzuweisen, oder eine selbständige Forderung in ihrem ganzen Betrag zur Geltung zu bringen, möglicherweise über den Betrag der Forderung hinaus; B. Ger. vom 5. Febr. 1902 i. S. Grobéty & fils, XXVIII, 23; ob die Forderung kompensabel sei, hat das B. Ger. als eine Frage des materiellen Rechts erklärt.

Die Widerklage kann nicht erhoben werden, weder *bevor* die Hauptklage hängig ist, B. Ger., XVII, 373[2]), noch *nachdem* die Hauptklage nicht mehr hängig; ob die Hauptklage hängig sei, entscheidet sich nach kantonalem Prozessrecht: *Ullmer,* II, Nr. 886; *Hafner,* Nr. 126. Ist aber die Widerklage erhoben worden, während die Hauptklage pendent war, so bleibt das Gericht bundesrechtlich kompetent, auch wenn die Hauptklage wieder zurückgezogen wird: *Hafner,* Nr. 130, 132.

Hier wie überall begründet Art. 59 keinen Gerichtsstand, sondern gestattet ihn nur, wenn ihn das kantonale Recht begründet: B. Ger., III, 223; XVI, 644.

---

[1]) Aus der älteren Praxis ist zu erwähnen: *Ullmer,* I, Nr. 285: Schadenersatz aus unberechtigtem Arreste; II, Nr. 886, 888. *Hafner,* Nr. 126: Schadenersatz wegen unberechtigt langer Pfändung; in Nr. 131 lag keine *Wider*klage vor.

[2]) Unrichtig *Ullmer,* II, Nr. 887.

Art. 59 garantiert jedem Beklagten seinen persönlichen Gerichtsstand; in einem Prozess gegen *mehrere Solidarschuldner* oder Miturheber einer unerlaubten Handlung muss jeder an seinem Wohnort gesucht werden, trotz des Zusammenhangs der Klagen[1]); B. Ger. vom 14. Nov. 1885 i. S. Sandi, XI, 429: wo mehrere Erben als Solidarschuldner beklagt waren, XVII, 38; vom 11. Dez. 1891 i. S. Girod, XVII, 563: mehrere für den Pächter verantwortlich gemachte Verpächter; XVIII, 667[2]). Ebensowenig kann der Kläger oder der Beklagte den regresspflichtigen Dritten vor das Forum desjenigen laden, für dessen Schuld er haftet; es sei denn, dass der Regresspflichtige dem Beklagten oder dem Kläger versprochen hätte, den Prozess an seiner Stelle zu führen oder als Nebenintervenient aufzutreten[3]).

5. Verzicht auf den Gerichtsstand des Wohnorts[4]).

Es ist von jeher anerkannt worden, dass der Schuldner auf die Wohltat des Art. 59 verzichten kann; *Ullmer,* II, Nr, 877. Erkennt der Beklagte das Gericht, vor das er geladen wird, als zuständig an, so ist damit die Verfassungswidrigkeit gehoben. Daraus darf aber nicht gefolgert werden, ein solches Gericht dürfe sich nicht von Amtes wegen und von vornherein unzuständig erklären, sondern nur, es sei nicht verpflichtet dazu; denn Art. 59, der den Gerichtsstand des Wohnortes nicht positiv begründet, begründet noch viel weniger einen andern, vom Beklagten freiwillig anerkannten derart, dass sich ein nach Art. 59 B. V. inkompetentes Gericht von B. V. wegen zuständig erklären *müsste,* weil der Beklagte seine Zuständigkeit nicht bestreitet[5]). — Während auf den Gerichtsstand einer *angehobenen* Klage unbedingt verzichtet werden kann, bietet die Frage einige Schwierigkeit, inwiefern auf den Gerichtsstand des Wohnortes bezüglich *zukünftiger* Klagen verzichtet werden kann. Der Verzicht ist zulässig, wenn er sich auf Klagen bezieht, deren Natur und Bedeutung vorauszusehen sind, z. B. Klagen aus einem bestimmten Rechtsgeschäft oder aus bestimmten tatsächlichen Beziehungen[6]). Die Domizilverzeigung eines Kaufmanns am Orte, wo er Geschäfte macht, ist ein solcher Verzicht für alle dort eingegangenen geschäftlichen Verbindlichkeiten; er ist um so eher gültig, als er jederzeit aufgehoben werden kann für später entstehende Verbindlichkeiten. Der Verzicht kann erfolgen zum voraus für eine konkrete Klage oder

[1]) Diese Schlussfolgerung ist gewiss logisch, fraglich ist nur, ob die Verfassung eine so rücksichtslose Durchführung ihres Grundsatzes beabsichtigt; m. E. nicht. Vgl. die Vorschläge *Rogains* im schweiz. Juristenverein, Zeitschrift N. F. XVII, 721, 734. Der Bund hat von diesem Grundsatz selbst eine Ausnahme gemacht, indem er der ersatzpflichtigen Eisenbahngesellschaft erlaubt, alle regresspflichtigen Bahnen an einem und demselben Forum zu belangen: Art. 53 des Transportgesetzes vom 29. März 1893.

[2]) *Ullmer,* II. Nr. 864, 866; *Hafner,* Nr. 68—71.

[3]) *Rogain,* Conflits, 607.

[4]) *Schoch,* 147 ff.

[5]) Die Bedenken der St. R. K. über die Berechtigung des bernischen Kassationshofes, die Zustellung von Ladungen vor ein unzuständiges Gericht ex officio zu verweigern, waren daher vom Standpunkt des Art. 59 aus nicht gerechtfertigt: *Hafner,* Nr. 55. B. Bl. 1870, I, 48.

[6]) *Schoch,* 32.

für eine generell bestimmte Reihe von Klagen; *nach* erhobener Klage ausdrücklich oder durch konkludente Handlungen.

Jeder Handlungsfähige und Verfügungsfähige kann einen *Gerichtsstandsvertrag* (Prorogation) abschliessen [1]; der Konkursit kann es nicht mehr gültig tun, sofern sich die Klage auf das zur Konkursmasse gehörende Vermögen bezieht. Betreibungsgesetz Art. 204 [2]).

Ob im einzelnen Fall ein Gerichtsstandsvertrag vorliege und auf welche Streitigkeiten er zu beziehen sei, ist eine Frage tatsächlicher Natur; es können hier nicht alle Entscheidungen, in denen solche Gerichtsstandsverträge oder -klauseln ausgelegt wurden, wiedergegeben werden. Es sei nur erwähnt, dass nach Ansicht des B. Ger. eine Prorogation in der Vereinbarung eines bestimmten Erfüllungsortes nicht liegt: B. Ger., I, 143; vom 7. Nov. 1900 i. S. Bohensky & Cie., XXVI, 442: Faktur unmassgeblich [3]). Es bedarf in der Regel dazu einer ausdrücklichen Vereinbarung. Dagegen bestimmt der Zahlungsort des domizilierten Wechsels auch den Gerichtsstand; so wurde grundsätzlich zuerst i. S. der Walliser Reskriptionen durch den B. R. am 20. Juni 1870 und die B. Vers. am 17. Juli 1872 entschieden (B. Bl. 1871, III, 535, 763; 1872, I, 553, 737; 1872, II, 485, 821; III, 132, 198; 1873, II, 18; *Hafner*, Nr. 155, ebenso Nr. 136), und seitdem mehrmals, durch das B. Ger. am 24. Januar 1879 i. S. Mayer, V, 21; vgl. 18; VII, 11: der Wechselbürge haftet auch in dieser Beziehung gleich wie der von ihm verbürgte Schuldner; IX, 442.

Die Prorogation geschieht oft in Form einer Domizilverzeigung (élection de domicile); wie schon bei der Erörterung des Domizils bemerkt, darf nicht verwechselt werden das von Rechts wegen verbindliche Geschäftsdomizil und das auf Vereinbarung der Parteien beruhende verzeigte oder gewählte Domizil; und bei diesem ist wiederum zu unterscheiden die von der Gewerbepolizeibehörde auferlegte Pflicht, ein solches Domizil zu verzeigen, und die Befolgung dieser Pflicht; besteht endlich für jemand eine *gesetzliche* Pflicht, Domizil zu verzeigen, oder einfach ein gesetzlicher Gerichtsstand, so bedarf es keiner weiteren Vereinbarung. Dies ist von Bundes wegen der Fall bei Eisenbahnunternehmungen gemäss Art. 8, Abs. 2, des Gesetzes vom 23. Dez. 1872 [4]); privaten Versicherungsunternehmungen gemäss Art. 2, Ziffer 4, des B. Ges. vom 25. Juni 1885 [5]); Auswanderungsagenturen gemäss Art. 21 des B. Ges. vom 22. März 1888.

Für alle Gerichtsstandsvereinbarungen gilt, dass sie nur für die Vertragsparteien verbindlich sind. Dies sprach das B. Ger. im Urteil vom 30. Januar 1880 i. S. Huber, VI, 18, aus, wo der Rekurrent in dem mit der Gemeinde abgeschlossenen Strassenbauvertrag Domizil verzeigt hatte und nun von einem Dritten ebendort belangt wurde; dagegen bestehe ein Geschäftsdomizil. In einem andern Fall hatte sich ein Industrieller

---

[1]) Der Bevormundete kann nicht gültig verzichten: *Hafner*, Nr. 78; betr. Konkursit vgl. *Ullmer*, I, Nr. 294; mangelnde Vollmacht des Stellvertreters: B. Ger., I, 143.

[2]) *Schoch*, 33.

[3]) *Ullmer*, I, Nr. 248, 257.

[4]) Vgl. B. Ger. vom 17. Sept. 1903 i. S. J.-S., XXIX, 303, wo die Bestimmung in formalistischer Weise ausgelegt wird.

[5]) Vgl. B. Ger., XXIV, 234.

einer Gemeinde gegenüber verpflichtet, gegen eine jährliche Subvention ein industrielles Unternehmen zu gründen, und «für alle auf den hierseitigen Geschäftsbetrieb sich beziehenden Verbindlichkeiten» Domizil und Gerichtsstand verzeigt; anlässlich der Lohnforderung eines Angestellten nahm das B. Ger. unter grundsätzlicher Aufrechterhaltung des obigen Satzes an, die Gerichtsstandsverzeigung sei nicht nur zu handen der Gemeinde, sondern auch zu handen des Publikums erklärt worden: B. Ger. vom 13. März 1891 i. S. Heuer, XVII, 30[1]); in zwei andern Urteilen desselben Gerichtshofes, XXVI, 180, und XXIX, 15, wurde entschieden, die Partei, welche zur Führung eines Prozesses ausserhalb ihres Wohnsitzkantons bei ihrem Anwalte Domizil wähle, erkenne damit diesen Gerichtsstand für die Honorarforderung des Anwaltes nicht an, die Moderationsbefugnis des Richters vorbehalten.

Ist das Bestehen oder die Auslegung des Gerichtsstandsvertrages selbst streitig, so kann der Beklagte nicht verlangen, dass der Kläger, der sich auf den Gerichtsstandsvertrag beruft, diese Kompetenzfrage vor dem ordentlichen Richter des Beklagten ausfechte[2]), B. Ger. vom 21. Juni 1879 i. S. Leemann, V, 164; vom 13. Febr. 1880 i. S. Bütikofer, VI, 8; XXIV, 234; in dieser Entscheidung machte das B. Ger. den wohlberechtigten Vorbehalt, dass die vom Kläger behauptete Prorogation nicht von vornherein als offenbar unbegründet erscheine; und ferner ist zu verlangen, dass das angegangene Gericht womöglich zuerst besonders über seine Kompetenz entscheide. Es kann aber vorkommen, dass die Kompetenzfrage mit der Sache selbst untrennbar verbunden sei, z. B. wenn der Beklagte die Existenz oder die Gültigkeit des ganzen Vertrags, auf den sich der materielle Anspruch sowohl als die Prorogation stützen, leugnet; auch in diesem Fall muss das Gericht als kompetent erachtet werden, die Frage der Prorogation zu prüfen, wie das B. Ger. mehrmals erkannt hat: VI, 10; vom 13. April 1889 i. S. Comp. d'ass. «Armement», XV, 233; XVI, 728; vom 9. Febr. 1898 i. S. Bucher, XXIV, 60. Vor diesem Gericht liegt aber dem *Kläger* der Beweis der Prorogation ob, da die Vermutung für den ordentlichen Gerichtsstand spricht. Kommt das Gericht zur Bejahung seiner Kompetenz, so spricht es auch über den materiellen Anspruch ab; kommt es zum gegenteiligen Schluss, so muss es zwar auch den materiellen Anspruch unbegründet erklären, es *urteilt* aber allein über die Kompetenzfrage und dieses Urteil allein erlangt Rechtskraft.

Der Gerichtsstand kann auch durch *konkludente Handlungen* des Beklagten nach Erhebung der Klage anerkannt werden, namentlich dadurch, dass sich der Beklagte auf die Verhandlung zur Hauptsache einlässt. Bevor die Klage anhängig ist, kann das Verhalten des Gegners nicht dahin ausgelegt werden, z. B. wenn er die Vorbringen des nachmaligen Klägers vor dem Vermittleramt beantwortet: B. Ger. vom 8. März 1884 i. S. Kopp, X, 42. Ein rein passives Verhalten des Beklagten kann nie als stillschweigende Anerkennung des Gerichtsstandes ausgelegt werden, gemäss dem Satze, dass der Schuldner zu keinerlei Vorkehren

---

[1]) Richtig *Hafner*, Nr. 134: die Wahl eines Domizils durch den Strassenbauunternehmer in seinem Pflichtenheft begründet nur eine Pflicht dem Staate gegenüber. M. E. kann sich auch ein Nebeninteromnient im Prozess nicht auf den mit dem Kläger geschlossenen Gerichtsstandsvertrag berufen.

[2]) Damit steht nicht in Widerspruch, dass der Anspruch auf Bildung eines Schiedsgerichts vor dem ordentlichen Richter geltend zu machen ist.

verpflichtet ist vor dem inkompetenten Richter: B. Ger., III, 60; IX, 438; XII, 267; XXV, 420; auch wenn das kantonale Prozessrecht eine solche Fiktion aufstellt: B. Ger. vom 30. Dez. 1896 i. S. Gaschen, XXII, 941[1]. Da die Kompetenzeinrede überhaupt nicht angebracht zu werden braucht, braucht sie auch nicht in der nach kantonalem Prozessrecht korrekten Form angebracht zu werden: B. Ger., IX, 147. Der Erhebung der Kompetenzeinrede kommt gleich die Erhebung anderer Einreden, welche den Beklagten von der Einlassungspflicht entbinden, z. B. wegen formeller Mängel: B. Ger. vom 25. März 1881 i. S. Wicki[2].

Eine Anerkennung des Gerichtsstandes ist es nicht, wenn der Beklagte vom Kläger verlangt, dass er sich legitimiere; B. Ger., IV, 353; wenn er wegen vorgerückter Stunde einen neuen Termin verlangt: B. Ger., III, 618; wenn er die Inzidenzkosten, B. Ger., XXIX, 164, oder den streitigen Betrag «hinter Recht» legt: *Ullmer*, I, Nr. 289, 296; wenn er die angekündigte Appellation nicht ergreift: *Ullmer*, I, Nr. 261; wenn er die Auslegung des Urteils begehrt: B. Ger., IV, 119.

Der Beklagte aber erkennt den Gerichtsstand an, der zur Hauptsache verhandelt, indem er die Ansprüche des Klägers diskutiert: B. Ger. VI, 535; XX, 774[3]; z. B. eine Widerklage erhebt: *Ullmer*, II, Nr. 911; vgl. B. Ger. VII, 19, oder sich auf den Manifestationseid als Beklagter, nicht bloss als Zeuge einlässt: B. Ger. III, 624.

Wenn der Beklagte die Kompetenz bestreitet, aber *eventuelle* Begehren in der Hauptsache stellt, so liegt darin jedenfalls dann keine Anerkennung, wenn der Beklagte die Kompetenz des Gerichts zur Zeit nicht bestreiten konnte, z. B. bei einer adhäsionsweise geltend gemachten Zivilklage: B. Ger., 13. April 1883, i. S. Ulrich, IX, 141, oder wenn die Kompetenzfrage von der materiellen nicht zu trennen ist. Wenn sich aber die Kompetenzfrage vorab erledigen lässt und der Beklagte besteht nicht darauf, so nützt es ihm nichts, wenn er fortwährend die Kompetenz bestreitet und doch weiter zur Hauptsache verhandelt[4].

6. Arrest.

Der Arrest ist heute durch das Betreibungsgesetz in der ganzen Schweiz einheitlich geregelt, innerhalb der Kantone wie im Verhältnis der Kantone unter einander. Da die Voraussetzungen des Arrestes nach Art. 271 des Gesetzes und nach Art. 59 B. V., wie er bisher durch das B. Ger. ausgelegt wurde, nicht genau dieselben sind, fragt es sich, ob im Falle der Divergenz bei interkantonalem Verhältnis die B. V. dem Gesetz vorgeht oder umgekehrt. Das B. Ger. hat im ersten Sinn erkannt durch Urteile vom 13. Juli 1899 i. S. Tschanz, XXV, 339, und vom 18. Mai 1899 i. S. Vannod, XXV, 206; in jenem Fall lag keine Divergenz vor, in diesem wurde geschickter als richtig erklärt, der Schuldner, der in der Absicht, sich der Erfüllung seiner Verbindlichkeiten zu entziehen, Ver-

---

[1]) *Ullmer*, I, Nr. 253 i. f.; 290, 302.

[2]) Selbstverständlich erkennt der Beklagte den Gerichtsstand nicht an dadurch, dass er ihn ausdrücklich vor dem angegangenen Gerichte selbst bestreitet; er begibt sich dadurch nicht einmal seines direkten Beschwerderechts an das B. Ger. *Ullmer*, II, Nr. 864, 866, 888.

[3]) *Ullmer*, I, 290, 291; *Hafner*, Nr. 138.

[4]) *Ullmer*, I, Nr. 293; II, Nr. 880: widersprechendes Verhalten des Beklagten.

mögensgegenstände beiseite schaffe, sich flüchtig mache oder Anstalten zur Flucht treffe, könne offenbar nicht mehr als aufrechtstehend i. S. des Art. 59 gelten [1]. In einer neueren Entscheidung vom 11. Nov. 1903 i. S. Saubadü-Michel, XXIX, 434, hat aber das B. Ger. die gegenteilige und wie mir scheint richtige Ansicht zur Geltung gebracht, dass nämlich das Betreibungsgesetz heute ausschliesslich gelte. Das B. Ger. ging davon aus, Art. 271 des Betreibungsgesetzes stehe mit dem Art. 59 B. V. darum nicht in Widerspruch, weil dieser nur unter der Voraussetzung *kantonaler* Betreibungsgesetze gelten wollte; aber auch wenn dies nicht der Fall wäre und die beiden Normen sich widersprächen, wäre so zu entscheiden gewesen (vgl. Art. *113, Abs. 3)*; auch Art. 64 kann angerufen werden [2]. Die ganze Materie fällt somit aus dem Rahmen des Verfassungsrechts. Indessen sei noch verwiesen auf einige Entscheidungen über den Unterschied von *Arrest* und *prozessualischer Verfügung:* B. Ger. IX, 37, 43; XIII, 15; 19. März 1892 i. S. Bosshardt, XVIII, 49; 17. März 1897 i. S. Perret, XXIII, 57. *Ullmer,* II, Nr. 873. Um eine strafprozessualische Beschlagnahme handelt es sich im Falle B. Ger., 21. Juli 1882, i. S. Bell u. Nigg, VIII, 421: jagdgesetzwidrige Wildbretsendung.

7. Prozessualisches.

Es ist mehrmals entschieden worden, dass die Beschwerde aus Art. 59 B. V. *in jedem Prozessstadium* und gegen jede Handlung des unzuständigen Richters ergriffen werden kann, auch schon gegen die Ladung: B. Ger., 21. Juni 1900, i. S. Fischer, XXVI, 184, 298; XXIX, 303, und die dortigen Zitate; das Urteil über die Hauptsache braucht nicht abgewartet zu werden: B. Ger., 6. Nov. 1902, i. S. Oberhänsli, XXVIII, 334 [3]. Es kann aber auch erst im Exekutionsstadium des Prozesses die Unzuständigkeit des Gerichtes geltend gemacht werden, wenngleich seit dem Erlass des Urteils die 60tägige Rekursfrist des staatsrechtlichen Rekurses verstrichen ist: B. Ger., 22. Juli 1881, i. S. Weber, VII, 491, 673; die Frage der Verletzung des Art. 59 entsteht daher oft als Präjudizialfrage bei Vollziehung zivilrechtlicher Urteile anderer Kantone (Art. 61). Endlich braucht der kantonale *Instanzenzug* nicht erschöpft zu sein, bevor an das B. Ger. rekurriert wird; es ist nicht einmal nötig, zuerst an dem angegangenen Gericht die Kompetenzeinrede zu erheben: B. Ger. I, 173; II, 210; XXIV, 219. Ist aber bei der höheren kantonalen Instanz Beschwerde erhoben worden über die Kompetenzfrage, so ist deren Entscheid abzuwarten: B. Ger., 10. Febr. 1882, i. S. Erben Röllin, VIII, 32.

B. Der Schuldverhaft [4].

Der eigentliche Schuldverhaft ist die als Zwangsmittel zur Zahlung einer zivilrechtlichen Schuld verhängte Haft; in dieser typischen Gestalt erschien z. B. der Fall Chassot, den das eidg. Justizdepartement i. J.

---

[1] Der Arrest wurde unter diesen Voraussetzungen nach Art. 59 B. V. nicht statthaft erachtet bei *Ullmer,* Nr. 303, S. 313.

[2] A. A. *Jules Rognin,* L'art. 59 de la c. f. et la lois féd. sur la poursuite et la faillite; Semaine judiciaire, XXVI (1903), 145. Vgl. *Schoch,* S. 12.

[3] *Ullmer,* I, Nr. 281; II, Nr. 903; *Hafner,* Nr. 37, 38.

[4] *Blumer-Morel,* I, S. 580 ff. *Schoch,* a. a. O., 184 f.

1874 als verfassungswidrig bezeichnete [1]). In einem weiteren Sinn erklärten aber die Bundesbehörden als Schuldverhaft auch die zur Tilgung einer Schuld verhängte Haft, die in Haft umgewandelte Schuld, sofern sich die Haft nicht als Strafe darstellt. Schon der B. R. entschied in einem Entscheid vom 22. Juli 1874 i. S. Donnet, die dem (freigesprochenen) Angeklagten auferlegten Strafprozesskosten dürfen mangels Zahlung nicht in Haft umgewandelt werden, und er sprach diese Ansicht auch in seinem Kreisschreiben vom gleichen Tage aus; im gleichen Sinne B. R. B. vom 20. Januar 1875 i. S. Sugnaux (B. Bl. 1875, II, 603) und B. Ger. vom 28. Mai 1875 i. S. Sugnaux, I, 253, 256. «Als Schuldverhaft, welcher durch Art. 59, Lemma 3, der B. V. abgeschafft worden ist, ist derjenige Verhaft anzusehen, welcher als Exekutionsmittel zur Eintreibung einer Forderung dient, sei es, dass dadurch die Erfüllung einer Ansprache erzwungen, sei es, dass durch den Verhaft eine Forderung, welche nicht den Charakter einer Strafe hat, getilgt werden soll»; B. Ger. V, 27; nicht weil der Schuldverhaft die Schuld bestehen lasse, sei er aufgehoben worden, sondern weil er dem modernen Grundsatz widerspreche, dass dem Gläubiger nicht die Person, sondern nur das Vermögen des Schuldners hafte. B. Ger. XIX, 46. Das Verbot des Schuldverhafts berührt nicht die Strafhaft, d. h. die als Strafe verhängte Haft, auch wenn sie an Stelle der Busse tritt, sofern die Umwandlung der Busse in Freiheitsstrafe im Gesetze vorgesehen ist: B. R. B. vom 22. Juli 1874 i. S. Donnet (B. Bl. 1875, II, 601); B. Ger. I, 251. Als Merkmal der Strafe kann aber gelten, dass sie nur die schuldhafte Tat trifft und nicht nur im Interesse einer Privatperson verhängt wird. Deshalb können Prozesskosten, auch wenn sie das Gesetz als Strafe bezeichnet, nicht ohne Verletzung der B. V. in Haft umgewandelt werden: B. Ger., 16. März 1877, i. S. Cardis, III, 71; 26. April 1884, i. S. Bregg, X, 213: Betreibungs- und Prozesskosten einer Militärtaxe [2]); deshalb kann auch die Nichtzahlung von Schulden oder die Zahlungsunfähigkeit überhaupt nur dann mit der «Strafe» der Haft belegt werden, wenn subjektives Verschulden des Schuldners als weitere Voraussetzung dieser Rechtsfolge vorliegt. In Anwendung dieser Grundsätze entschied das B. Ger. am 11. Sept. 1875 i. S. Sollberger, I, 258, die böswillige Nichterfüllung der Unterstützungs- und Alimentationspflicht habe Strafcharakter nach bernischem Recht; ähnlich in den Urteilen vom 13. Juli 1877 i. S. Zurkinden, III, 459, und vom 31. Okt. 1879 i. S. Märklin, V, 451. Dagegen darf die blosse Tatsache, dass jemand seine Schulden nicht bezahlt, nicht die Rechtsfolge der Haft nach sich ziehen. Auch nicht mittelbar, in Umwandlung einer wegen jener Tatsache ausgesprochenen Busse: B. Ger., 24. Juli 1893, i. S. Keller, XIX, 472. Wenn die Gesetzesvorschrift, welche auf das Verschulden abstellt, in einem einzelnen Fall ausser acht gelassen wird und jemand ohne Prüfung der Schuldfrage wegen Nichtbezahlung einer Schuld zu Haft verurteilt wird, so ist Art. 59 B. V. auch verletzt; vgl. B. Ger. V, 27, 313. Unrichtig scheint es mir daher, dass das B. Ger.

---

[1]) Gesch. Ber. des B. R. für 1874; B. Bl. 1875, II, 600.

[2]) Wenn jemand zur Bezahlung von Busse, Steuern und Gerichtskosten verurteilt worden ist und nicht den ganzen Betrag bezahlt, darf seine Zahlung nicht zuerst auf diese letzteren Forderungen angerechnet und die unbezahlte Busse in Haft umgewandelt werden: B. Ger., 3. Juni 1887, i. S. Scholl, XIII, 167.

eine Bestimmung des schaffhauserischen Rechts unbeanstandet liess, nach welcher zahlungsunfähige Personen, auf welche die Stillstellung im Aktivbürgerrechte nicht anwendbar ist, auch ohne Verschulden mit Gefangenschaft belegt werden, weil diese Massregel, wie der Entzug des Aktivbürgerrechts, im öffentlichen Interesse getroffen sei: B. Ger. V, 27; 179; 317. Eine Ausnahme vom Erfordernis subjektiven Verschuldens rechtfertigt sich aber bei Polizeiübertretungen und Ordnungsfehlern, die ohne Rücksicht auf Verschulden bestraft werden. B. Ger., 24. Mai 1878, i. S. Angst, IV, 226: Ordnungbusse wegen verspäteter Einreichung einer Rechtsvorkehr.

Dem Schuldverhaft ist ferner die nach konstatiertem Verschulden ausgesprochene Haft gleichzustellen, die nicht nur auf Antrag des Verletzten, des Gläubigers, verhängt wird, sondern auch wieder aufgehoben wird, nachdem sie ausgesprochen worden ist. B. Ger., 26. Nov. 1886, i. S. Buschle, XII, 525; 1. Dez. 1888 i. S. Hübscher, XIV, 527. Es ist m. E. sehr zweifelhaft, ob die B. V. auch die Haft wegen Nichtbezahlung *öffentlichrechtlicher* Schulden, und namentlich Steuern, den zivilrechtlichen Schulden gleichgestellt wissen wollte; der B. R. hat dies, wie schon bemerkt, bezüglich der Gerichtskosten bejaht, vielleicht ohne sich der Frage bewusst zu sein, und ebenso das B. Ger. Die nicht bezahlten Steuern dürfen also nicht ohne weiteres in Haft umgewandelt werden, sondern nur wenn ein Verschulden des säumigen Steuerpflichtigen konstatiert ist, m. a. W. als Strafe: B. Ger., 12. Dez. 1884, i. S. Sahli, X, 469; 12. Mai 1888 i. S. Messerli, XIV, 178 (Gemeindesteuern). Einige Kantone hatten die der *Militärpflichtersatzsteuer* unterworfenen Personen, welche nicht bezahlten, zum Abverdienen in der Kaserne gezwungen; das B. Ger. erklärte diese Praxis als unzulässig, da jene Abgabe eine wirkliche Steuer sei und nicht etwa wie der persönliche Militärdienst mit Gewalt erzwungen werden dürfe: B. Ger., 4. Febr. 1893, i. S. Décosterd, XIX, 46; XXII, 25. Der B. R. beantragte darauf in seinem Entwurf vom 1. Juni 1898 zur Ergänzung des B. Ges. über die Militärpflichtersatzsteuer vom 28. Juni 1878, den Steuerpflichtigen die Wahl zwischen der Bezahlung der Steuern in Geld und dem Abverdienen zu geben, diejenigen aber, welche weder das eine noch das andere entrichteten, gewissermassen als strafwürdig zu präsumieren (B. Bl. 1898, III, 146, 156); die B. Vers. führte diese Bestimmung auf das richtige Mass zurück, indem sie einfach das schuldhafte Nichtbezahlen der Steuer als strafbar erklärte und mit Polizeiarrest, Entzug der bürgerlichen Rechte und Wirtshausverbot bedrohte. B. Ges. vom 29. März 1901 (A. S. XVIII, 695).

Als *Verhaft* i. S. des Art. 59 ist jede Internierung in einem geschlossenen Raum zu betrachten; das Wirtshausverbot ist kein solcher Verhaft: B. Ger. X, 469; XII, 525.

Das B. Ger. hat erkannt, der Rekurs wegen Verletzung von Art. 59, Abs. 3, als einer Vorschrift zwingenden Rechts sei an keine Frist gebunden und auch noch gegen die Exekution zulässig: B. Ger. XIV, 527; XIX, 472 (vgl. Art. *102, Ziffer 2).*

Der B. R. und das B. Ger. haben aus ähnlichem Grunde entschieden, der Schuldverhaft sei mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens der neuen B. V. unzulässig, auch wenn er auf einem früher gefällten Urteile beruhe: Geschäftsbericht für 1874; B. Ger. III, 232 (vgl. Art. 2 der Ü. B.).

Art. 60.

Sämtliche Kantnoe sind verpflichtet, alle Schweizerbürger in der Gesetzgebung sowohl als im gerichtlichen Verfahren den Bürgern des eigenen Kantons gleich zu halten.

I. Geschichte.

Die Mediationsverfassung und der Bundesvertrag von 1815 enthielten diese Bestimmung nicht (vgl. indessen bei Art. *31*, § XI, Abs. 2, des B. Vertrages); der Grundsatz der Rechtsgleichheit, wie er in jenen Grundverträgen formuliert und gemeint war, konnte nicht angerufen werden, um die Kantone zu verpflichten, kontonsfremde Schweizerbürger gleich wie die eigenen Bürger zu behandeln. Eine Anzahl Kantone verpflichteten sich aber dazu im Konkordatswege: durch Konkordat betr. gerichtliche Betreibungen, vom 15. Juni 1804, bestätigt den 8. Juli 1818, erklärten 21 Kantone: es sollen alle Schweizer in Schuldbetreibungssachen ungehemmter und gleicher Rechte geniessen, wie die Kantonsbürger selbst (Off. S. I, 283); durch Konkordat gl. D. betr. Konkursrecht in Fallimentsfällen (Off. S. I, 284), dem 19½ Stände unbedingt, 2½ bedingt beitraten, wurde bestimmt: «In Fallimentsfällen werden alle Schweizer, sowohl in verpfändeten als laufenden Schulden, in der privilegierten und der allgemeinen Klasse, nach gleichen Rechten behandelt und kolloziert wie die Bewohner des Kantons selbst, in welchem der Geltstag vorgeht» (Art. 1). Durch Konkordat vom 24. Juli 1826 (Off. S. II, 110, 153, 262) verpflichteten sich zuerst 13, später 19 Kantone: «Es soll in jedem Kanton zu den sich dort ergebenden Erbschaften der Angehörige eines anderen Kantons in allen Fällen nach gleichem Rechte wie der eigene Kantonsbürger zugelassen werden.»

Der *Entwurf von 1832* bestimmte in Art. 40: «Sämtliche Kantone haben die gegenseitige Verpflichtung: *a)* die Angehörigen der anderen Kantone den eigenen Angehörigen gleich zu halten in bezug auf Steuern, Schuld- und Konkurssachen, Erbverhältnisse und in betreff des gerichtlichen Verfahrens überhaupt.»

Der Entwurf von 1833 in Art. 35, Abs. 1: «Sämtliche Kantone verpflichten sich, die Angehörigen der anderen Kantone in Absicht auf Gesetzgebung und gerichtliches Verfahren den Angehörigen des eigenen gleich zu halten.»

In der *Revisionskommission von 1848* schlug die erste Sektion die heutige Fassung vor mit der Begründung, die Bestimmung solle an Stelle der vielfach engherzig gehandhabten Reziprozität die richtige Reziprozität setzen (genauer die verfassungsrechtliche Pflicht der Gleichbehandlung); der Grundsatz sei besonders in Schuldsachen und im Erbrecht wichtig. Der Referent wies namentlich hin auf die gleiche Behandlung Kantonsfremder bei der Erbteilung und im gerichtlichen Verfahren bezüglich der Kautionspflicht für Gerichtskosten und des Armenrechts; auch in Paternitätsfällen sei der Grundsatz anzuwenden trotz des Gegensatzes in der kantonalen Gesetzgebung. Ungeachtet erhobener

Einwendungen gegen diese Ausführungen wurde der Vorschlag gutgeheissen[1]). — In der Tagsatzung wurde auf das von *Zürich* geäusserte Bedenken gegen die Gleichstellung der Juden in etwas schiefer Weise u. a. geantwortet, die Gleichstellung in der Gesetzgebung habe vornehmlich bezweckt, die Bürger anderer Kantone im Konkurse, im Schuldenbetrieb und vor Gericht den eigenen Kantonsbürgern gleichzustellen, nicht aber u. a. U. die Anwendung der Kantonsgesetzgebung auf Bürger anderer Kantone wie auf eigene vorzuschreiben. Ferner wurde bemerkt, nach der vorgeschlagenen Bestimmung könne ein Kanton nicht mehr von einheiratenden Bürgerinnen anderer Kantone Weibertaxen oder Einzugsgebühren verlangen, die von Kantonsbürgerinnen u. gl. U. nicht verlangt würden. In zweiter Beratung wurden nach «Schweizerbürger» die Worte «christlicher Konfession» eingeschaltet[2]). — Diese Worte wurden hier wie in Art. 41 (Niederlassung) bei der Partialrevision vom 14. Januar 1866 gestrichen (A. S. VIII, 753; vgl. oben S. 387).

Art. 48 der B. V. von 1848 ging unverändert und unangefochten in die Verfassung von 1874 über.

II. Auslegung[3]).

1. **Begriff.** Art. 48 der B. V. von 1848 sollte die unter den Kantonen geschlossenen Konkordate über die Gleichstellung von Kantonsbürgern und anderen Schweizern ersetzen; er geht aber über das Konkordatsrecht hinaus, indem er die Gleichstellung ganz allgemein in der Gesetzgebung und im gerichtlichen Verfahren verlangt, und indem er die vertragliche Reziprozität durch die verfassungsrechtliche ersetzt; jeder Kanton ist daher für sich verpflichtet, die Gleichstellung zu gewähren ohne Rücksicht auf das Verhalten des Heimatkantons des kantonsfremden Schweizerbürgers. Es kommt auch nicht darauf an, welche materielle Rechtsstellung der eigene Bürger im andern Kantone unter gleichen Umständen geniessen würde; es genügt, dass er dort den Kantonsbürgern gleichgestellt werde. Es wurde dies früher ungenau so ausgedrückt: Art. 48 statuiere nicht die materielle, sondern die formelle Reziprozität; es ist richtiger, die Reziprozität ganz aus dem Spiel zu lassen, da sie stets die Idee einer bedingten Pflicht involviert. Der kantonsfremde Schweizerbürger kann daher nicht verlangen, so behandelt zu werden, wie Kantonsfremde in seinem Heimatkanton behandelt werden[4]); eine Verletzung von Art. 60 ist es aber nicht, wenn dem Kantonsfremden diese Stellung eingeräumt wird, sofern sie günstiger ist. Es könnte darin aber eine Rechtsungleichheit gegenüber andern kantonsfremden Schweizerbürgern oder gegenüber den eigenen Kantonsbürgern liegen, die nach Art. 4 B. V. zu beurteilen wäre[5]).

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 42, 143 ff.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 95 f., 270.

[3]) *Blumer-Morel,* I, 367.

[4]) *Ullmer,* I, Nr. 197, 205. B. Ger., VI, 203.

[5]) A. M. scheinbar B. Ger., V, 31, wo *jede* Retorsion verpönt wird. Vgl. *Ullmer,* I, Nr. 209, i. f.; Konkordat zwischen Bern und Waadt von 1827 betr. Ehescheidungsfälle und aussereheliche Schwangerschaften, *Ullmer,* I, Nr. 564, wodurch Waadt die Vaterschaftsklage (auf Alimente) gestattete.

Art. 60 findet Anwendung zunächst auf *Schweizerbürger* anderer Kantone; auf *Ausländer,* sofern ihnen durch Staatsvertrag die gleiche Behandlung wie Schweizerbürgern zugesichert ist; B. Ger., I, 5; IX, 48; XII, 35. Der Kantonfremde braucht aber nicht im Kanton selbst zu wohnen, um die Gleichstellung mit dessen Bürgern beanspruchen zu können; vgl. z. B. B. Ger., XVI, 486. Selbstverständlich kann sich der Kantonsangehörige nicht auf Art. 60 berufen; z. B. der Kantonsbürger, der noch ein anderes Bürgerrecht besizt, um Anteil am Bürgernutzen zu haben, B. Ger., IV, 522, oder die konfessionelle Minderheit, um Gleichberechtigung mit der konfessionellen Mehrheit zu erlangen; *Ullmer,* I, Nr. 211. Auf juristische Personen endlich findet Art. 60 nicht Anwendung, weil sie als solche kein Bürgerrecht besitzen. Ihre Kantonsangehörigkeit kann sich nur nach ihrem Sitz bestimmen, und Art. 60 B. V. schreibt nicht vor, dass die ausserhalb des Kantons wohnenden Personen gleich behandelt werden wie die im Kanton wohnenden, sofern nur der Unterschied kein willkürlicher ist (Art. 4). Art. 60 wäre nur dann verletzt, wenn die rechtliche Unterscheidung auf die Kantonsangehörigkeit der Mitglieder des Personenverbandes gegründet würde[1]).

Art. 48 der 1848er B. V. galt nur für Schweizerbürger *christlicher Konfession,* womit die Juden ausgeschlossen sein sollten *(Ullmer,* I, Nr. 218, 219). Da aber Art. 29 der B. V. diese Unterscheidung nicht machte, wurde ihnen gleich wie anderen Schweizerbürgern das Recht des freien Kaufes zugestanden *(Ullmer,* I, Nr. 46, 47; II, Nr. 853; B. B. vom 24. Sept. 1856, A. S. V, 406); ebenso verlangte die B. Vers. schon damals für sie, und zwar in erster Linie für die kantonsangehörigen Juden, die politische Gleichberechtigung durch B. B. vom 30. Juli 1863 (A. S. VII, 585, *Ullmer,* II, Nr. 853)[2]).

Art. 60 verbietet nicht, den *Wohnsitz* in- oder ausserhalb des Kantons zum Ausgangspunkt rechtlicher Unterscheidungen zu machen, obschon die ungünstigere Behandlung des ausser dem Kanton Wohnenden hauptsächlich Kantonsfremde treffen wird[3]); ausgenommen den Fall, die Bestimmung sei zur Umgehung des Art. 60 aufgestellt, wie der B. R. in einem Falle mit Recht annahm, wo zur Anstellung der Vaterschaftsklage gefordert wurde, dass die Geschwächte wenigstens während den zwei der Niederkunft unmittelbar vorangehenden Monaten im Kanton einen gesetzlichen Aufenthalt gehabt habe, was Kantonsfremden kaum möglich war, und dass die Schwängerung im Kanton erfolgt sei *(Ullmer,* II, Nr. 844; ähnlich B. Bl. 1873, II, 32).

Was das Anwendungsgebiet des Art. 60 betrifft, so verstand man 1848 unter *Gesetzgebung* wohl in erster Linie, aber nicht ausschliesslich, die Justizgesetze; die Bundesbehörden haben Art. 60 mit Recht auch im Gebiete des öffentlichen Rechts angewendet *(Ullmer,* I, Nr. 209).

Im Zivilrecht entsteht vor allem die Frage, *welches kantonale Gesetz* auf Bürger anderer Kantone *angewendet werden soll,* das des Wohnsitzes, der Heimat, der gelegenen Sache etc.

---

[1]) Das B. Ger. scheint im Urteil vom 27. Febr. 1886 i. S. Musée national polonais, XII, 35, a. A. zu sein; seine Ausführung ist unklar.

[2]) *Ernst Haller,* Die rechtliche Stellung der Juden im Kanton Aargau, Aarau 1900, Diss., S. 232 ff.

[3]) *Ullmer,* I, Nr. 204, 215, 216 (Steuern); ungenau 217. Vgl. B. R. B. vom 31. Juli 1865 i. S. Monney, B. Bl. 1866, I, 440: Verpflichtung für auswärts domizilierte Gläubiger, zur Betreibung Domizil im Kanton zu nehmen.

Darüber gibt Art. 60 m. E. keine Vorschrift; das Gebiet blieb frei für interkantonale Vereinbarungen, wie die bei Art. 46, Abs. 1, angeführten. Seit 1874 gilt für die Frage eben diese Bestimmung, die durch das B. Ges. vom 25. Juni 1891 ihre Ausführung erfahren hat. Die ältere Praxis hat indessen den früheren Art. 48 mehrmals angewendet, namentlich wenn bei Vaterschaftsklagen das ungünstigere Heimatsgesetz der Klägerin angewendet werden wollte [1]. Befremdend war in diesen Fällen allerdings, dass auf das Bürgerrecht der Klägerin, nicht des Beklagten, abgestellt wurde. Ist das anzuwendende Recht einmal bestimmt, so darf auf die Kantonsangehörigkeit der Partei weiter keine Rücksicht genommen werden.

Art. 60 regelt keine *Gerichtsstandsfragen;* im Zivilprozess gelten Art. 59 B. V., das 1891er Gesetz und das Betreibungsgesetz; in Strafsachen enthält die B. V. keine ausdrückliche Gerichtsstandsnorm, wie das B. Ger. mehrfach erkannt hat. Dagegen findet Art. 60 im übrigen Prozessrecht Anwendnng. — Betr. interkantonale Rechtshülfe s. Art. *61* und *67*.

Im öffentlichen Recht gilt für Niedergelassene m. E. ausschliesslich Art. 43, Abs. 4, und 45, Abs. 6, während Art. 60 allerdings für nicht niedergelassene Kantonsfremde in Kraft bleibt.

Neben Art. 4 B. V. bleibt dem Art. 60 nur noch ein kleines Anwendungsgebiet; sein Nutzen besteht darin, dass er ausser Frage stellt, dass in der Regel die Verschiedenheit der Kantonsangehörigkeit keine rechtliche Ungleichheit rechtfertigt.

2. **Anwendungsfälle.** Im *Zivilrecht* ist die Gleichbehandlung der Kantonsfremden und der Kantonsbürger so selbstverständlich, dass sie, abgesehen von den erwähnten Vaterschaftsprozessen, s. z. s. nie Anlass zu begründeten Beschwerden gab (vgl. *Ullmer,* I, Nr. 108). Es seien hier, obschon mehr verwaltungsrechtlicher Natur, die in mehreren Kantonen erhobenen *Heiratsgebühren* erwähnt; die Bundesbehörden erklärten sie verfassungswidrig, wenn sie bloss von Kantonsfremden erhoben wurden, für zulässig, wenn auch Kantonsbürgerinnen sie zu bezahlen hatten, die durch Verheiratung Bürgerinnen einer andern Gemeinde wurden [2].

Nichtkantonsbürger dürfen nicht mit anderen *Strafen* bedroht werden als Kantonsbürger; die Bundesbehörden hoben unter der Verf. von 1848 kantonale Strafbestimmungen auf, die Kantonsfremde mit körperlicher Züchtigung *(Ullmer,* I, Nr. 212; II, Nr. 850) oder mit Landesverweisung bestraften *(Ullmer,* I, Nr. 212—214; II, Nr. 848—850), während für Kantonsbürger andere Strafen galten. Ebenso erklärte das B. Ger. mit Urteilen vom 5. Nov. 1875 i. S. Bernasconi, I, 265, und vom 9. Okt. 1886 i. S. Loosli, XII, 512, die Strafe der Verbannung sei sowohl auf Angehörige anderer Kantone als des eigenen Kantons kraft Art. 44 und 60

[1]) *Ullmer,* I, Nr. 208, wo es das kant. Gesetz dem Richter anheimstellte, ob er kantonales oder fremdes Recht anwenden wolle; Nr. 210; II, Nr. 842, 843. B. R. B. vom 29. Juli 1864 i. S. Wenger, B. Bl. 1865, II, 160; III, 13; vgl. S. 20; 12. April 1869 i. S. Werder, B. Bl. 1870, II, 128. Richtig wurde entschieden in anderen Streitigkeiten: *Ullmer,* II, Nr. 846, 1104; B. Bl. 1871, II, 363. B. Ger. XVII, 25 (Anwendung des Wohnsitzrechts auf einen Niedergelassenen).

[2]) *Ullmer,* I, Nr. 199, 201; II, Nr. 841. Dabei wurde auch erkannt, Art. 60 sei sofort mit Inkrafttreten der B. Verf. und ohne Ausführungsgesetz anwendbar; *ibid.* I, Nr. 200. 202, 208. Vgl. 201, 203 (keine rückwirkende Kraft).

B. V. nicht mehr anwendbar[1]. Auch wenn die Voraussetzungen der Niederlassungsentziehung nach Art. 45 B. V. gegeben sind, darf die Ausweisung nicht in Form einer Strafe ausgesprochen werden, die auf Kantonsangehörige unanwendbar ist; die Ausweisung darf wohl durch den Strafrichter ausgesprochen werden, sie soll aber keinen strafrechtlichen Charakter haben (vgl. oben Art. 44). Richtigerweise sollte das Gleiche für Ausländer gelten, welche die Gleichberechtigung geniessen.

Eine Anzahl Beschwerden richteten sich gegen die Verpflichtung ausserhalb des Kantons wohnender Kläger, *Prozesskaution* zu leisten; die politischen Bundesbehörden von 1848—1874. das B. Ger. seit 1875, wiesen die Beschwerden ab, da die Prozesskaution allen ausserhalb des Kantons Wohnenden, seien sie Kantonsbürger oder nicht, auferlegt werde[2].

Die meisten Beschwerden seit Inkrafttreten der Verfassung von 1874 betrafen die *Besteuerung* der Kantonsfremden. Wie schon anlässlich des Verbotes der Doppelbesteuerung (Art. 46, Abs. 2) erwähnt, fand das B. Ger. keine Verfassungsverletzung darin, dass nicht im Kanton wohnenden Grundeigentümern der Schuldenabzug bei der Versteuerung ihres Grundstückes nicht gestattet sei; Art. 60 B. V ist in der Tat nicht verletzt: B. Ger., 10. Juni 1881, i. S. Rüdlinger, VII, 235, 475; VIII, 42; XIX, 265; XX, 267; XXVII, 290. — Schwierigkeiten bereitete die Frage, in welcher Gemeinde kantonsfremde Schweizerbürger zur *Armensteuer* herangezogen werden sollen, wenn nämlich die Kantonsbürger in ihrer Heimatgemeinde armensteuerpflichtig sind. Der B. R. und das B. Ger. entschieden in einer Reihe von Fällen, die niedergelassenen Schweizerbürger dürfen nicht nach einem andern Steuersystem besteuert werden als die Kantonsbürger; wenn jene daher in der Wohnsitzgemeinde, und eine andere gab es für sie nicht, besteuert werden sollen, müssen diese auch dort besteuert werden[3]. Wie schon bei Art. 4 ausgeführt, ist diese Entscheidung kaum richtig; erstens ist hier nicht Art. 60, sondern es sind die Spezialbestimmungen der Art. 43, Abs. 4, und 45, Abs. 6, anwendbar; die niedergelassenen Schweizerbürger können nur verlangen, wie die Ortsbürger besteuert zu werden; Art. 45, Abs. 6, wollte ihnen eben die Stellung der Ortsbürger selber sichern und nur diese. Und zweitens, wenn Art. 60 anwendbar wäre, würde er keineswegs verlangen, dass die niedergelassenen Schweizer anderer Kantone gerade so besteuert werden wie die in einer andern Gemeinde niedergelassenen Kantonsbürger, denn die Stellung der ersteren ist eben weder mit derjenigen der letzteren noch der Ortsbürger vergleichbar. Die Kantonsfremden sind da-

---

[1]) Ebenso *Stooss,* Grundzüge des schweiz. Strafrechts, I, 258. *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, 318 ff.

[2]) *Ullmer,* I, Nr. 204; B. Bl. 1866, I, 440; B. Bl. 1870, II, 128; 1871, II, 360: Beschwerde über Weigerung, das Wechselbetreibungsverfahren eines anderen Kantons anzuwenden; B. Bl. 1872, II, 476. B. Ger. III, 235; VI, 203. Vgl. jetzt die internationale Haager Übereinkunft vom 11. Nov. 1896, A. S. XVII, 181, und das infolge derselben geschlossene Konkordat vom 20. Nov. 1903 betr. Befreiung von der Verpflichtung zur Sicherheitsleistung für die Prozesskosten, A. S. XIX. 787; vgl. XX, 61.

[3]) B. R. B. v. 21. April 1869 i. S. Laué, B. Bl. 1869, II, 398; 901, 908; vgl. B. Bl. 1870, III, 185. Unter der B. V. von 1848 kam wesentlich Art. 41, Ziff. 5, B. V. in Betracht, der lautete: „Den Niedergelassenen anderer Kantone können von seiten der Gemeinden keine grössern Leistungen an Gemeindelasten auferlegt werden als *den Niedergelassenen* des eigenen Kantons." B. Ger., 8. Febr. 1879, i. S. Fries, V, 31; 19. Sept. 1879 i. S. Obwalden g. Nidwalden, V, 320; 22. März 1900 i. S. Scherrer u. K., XXVI, 7.

durch nicht notwendig schlechter gestellt, und die Rechtsprechung des B. Ger. macht es den Kantonen unmöglich, ihre niedergelassenen Kantonsbürger durch die Heimatbehörde besteuern zu lassen, den Eidgenossen zu liebe, wobei diese ja nichts gewinnen.

Die *Erbschaftssteuer* betr. entschied das B. Ger. mit Erkenntnissen vom 7. März 1881 i. S. Beck, VII, 245, und 7. Mai 1881 i. S. Schneider, VII, 255, dass auch diejenigen Erben steuerpflichtig seien, die nach einem andern Rechte erben als dem des betr. Kantons; ob aber ihr Erwerb ein erbrechtlicher sei, entscheide sich nach dem zur Anwendung gekommenen Erbrecht. Letzteres hängt m. E. von der Auslegung des Steuergesetzes ab. — Endlich wurde nach Art. 60 wohl richtig erkannt, kantonsfremde Arbeiter können nicht verpflichtet werden, an eine zu ihrer Unterstützung errichtete Bezirksversicherungskasse Beiträge zu leisten, die kantonsangehörige Arbeiter nicht zu leisten haben: B. Ger., 2. März 1883, i. S. Bernasconi u. K., IX, 47 [1]).

Der B. R. hat in Anwendung der B. Ges. über die *Fischerei* und über die *Jagd* erklärt, ein Kanton könne nicht *Angehörigen* anderer Kantone Fischerei- und Jagdpatente verweigern, ja nicht einmal, was zweifelhaft erscheint, den *Bewohnern* anderer Kantone; das erstere entspricht jedenfalls Art. 60 B. V. [2]); die letztere Auffassung hat der B. R. selber aufgegeben im Entscheide vom 20. Okt. 1903 i. S. Patry; B. Bl. 1903, IV, 423 [3]).

Art. 61.

Die rechtskräftigen Zivilurteile, die in einem Kanton gefällt sind, sollen in der ganzen Schweiz vollzogen werden können.

I. Geschichte [4]).

Die vorstehende Bestimmung wurde zuerst in der Tagsatzungskommission von 1848 durch die I. Sektion derselben vorgeschlagen, und zwar im Anschluss an die Gewährleistung des Gerichtsstandes des Wohnortes (Art. 59, Abs. 1, von heute): « Die rechtskräftigen Zivilurteile sollen dagegen in allen Kantonen vollzogen werden. » Der Referent der I. Sektion bemerkte dazu, dieser Nachsatz rechtfertige sich von selbst, « denn wenn auf der einen Seite dem Schuldner die Wohltat eingeräumt werde, dass er nur vor seinem natürlichen Richter belangt werden dürfe, so müsse man auf der andern Seite auch daran festhalten, dass das einmal gefällte Urteil wirklich respektiert werde und dass es dem Schuldner

---

[1]) Vgl. den B. R. B. vom 29. Dez. 1863 i. S. Schwyzer und Konrad, B. Bl. 1864, I, 349, betr. Ausweisung wegen Nichtbezahlung der Einlagen in eine für alle Arbeiter bestehende Krankenkasse.

[2]) *Salis*, V, Nr. 2104 (1. Aufl., IV, Nr. 1427); Nr. 2111 (Fall Patry); 2113: Schlechterstellung von Nichtkantonsbürgern; 2112, 2174: Gleichberechtigung der Ausländer.

[3]) Ebenso B. R. B. vom 16. Febr. 1866 i. S. Meyer, B. Bl. 1867, I, 597; ferner das Konkordat zw. Waadt und Neuenburg vom 10. Juli 1869, B. Bl. 1869, III, 119.

[4]) *Blumer-Morel*, I, 317 ff.

nicht freistehen könne, in einen anderen Kanton überzusiedeln und dann den Prozess von neuem anzufangen.» In letzterer Beziehung könne höchstens die Restriktion gelten, dass die Behörden des neuen Domizils die Einrede der Inkompetenz des Gerichts, welches das Urteil fällte, zu prüfen hätten, es werde sich aber gewönlich aus den Motiven des Urteils selbst ergeben, ob die Einrede begründet sei. Der Antrag wurde ohne Gegenbemerkungen genehmigt[1]).

Der Tagsatzung wurde ein selbständiger Art. 46 vorgelegt: «Den rechtskräftigen Zivilurteilen eines Kantons ist in jedem anderen Kanton Vollziehung zu geben.» *Thurgau* beantragte nach «Zivilurteile» einzuschalten «welche von den kompetenten Gerichtsbehörden gefällt werden». Dagegen wurde aber erinnert, ein solcher Zusatz enthalte einen Pleonasmus, da nur ein von der kompetenten Behörde erlassenes Urteil rechtskräftig sei. Die Schwierigkeit, dass in den Kantonen die Ansichten über die Zuständigkeit verschieden seien, würde mit der Weglassung jener Worte allerdings nicht gehoben; es liege darin Stoff zu neuen Plackereien, indem die Kantone veranlasst werden könnten, den Nachweis zu verlangen, dass das Urteil von kompetenter Behörde erlassen worden sei. Man müsse auch hierin dem guten Willen und dem richtigen Takt der Regierungen vertrauen, und wenn sich Schwierigkeiten herausstellen sollten, werden die Bundesbehörden durch ein besonderes Gesetz Rat zu schaffen wissen. Der Artikel wurde in etwas veränderter, der heutigen entsprechenden Form als Art. 49 der B. V. angenommen[2]). Er ging unverändert in die revidierte Verfassung über.

II. Auslegung[3]).

1. **Allgemeines.** — *a.* Wie im Deutschen Reich ist die Rechtsprechung in der Schweiz Sache der Partikularstaaten geblieben; während aber hier Prozessrecht und Gerichtsverfassung ebenfalls noch kantonal sind, ist dort beides durch Reichsgesetze geordnet. Die Vereinheitlichung dieser Rechtsgebiete hat es dem Deutschen Reich ermöglicht, von den politischen Landesgrenzen abzusehen und die Gerichte jedes Staates zur Rechtshülfe in bürgerlichen Streitigkeiten (und in Strafsachen) gegenüber den Gerichten aller anderen Staaten zu verpflichten, wie wenn sie alle dem gleichen Staate angehörten; §§ 157—169 des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 27. Januar 1877. Ähnlich verhält es sich tatsächlich in den Vereinigten Staaten von Nordamerika, wo die Urteile jedes Staates in den anderen die gleiche Beweiskraft besitzen wie die der eigenen Gerichte und wie diese vollzogen werden können[4]). In der Schweiz stehen sich die Kantone, ausgenommen im Betreibungsrecht, noch beinahe wie fremde Staaten gegenüber: über die Rechtshülfe während des Prozesses bestehen keine ausdrücklichen Bestimmungen; die Vollziehung rechtskräftiger Zivilurteile anderer Kantone ist zwar ver-

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 42, 145, 146, 156, 176.

[2]) Abschiede 1847, IV, S. 96, 271.

[3]) *Rognin*, Conflits des lois suisses, 776 ff. *Jäger*, Kommentar des Betreibungsgesetzes, zu Art. 80 u. 81. *Reichel*, gleicher Kommentar, zu demselben Artikel. *Muheim*, Die Prinzipien des internationalen Privatrechts im schweiz. Privatrecht, Altdorf 1887, S. 304. *Brunner*, Das Rechtsöffnungsverfahren, Diss., Solothurn 1898, S. 44 ff.

[4]) *Rüttimann*, II, § 434

fassungsmässig angeordnet, sie muss aber in gleicher Form wie von einem fremden Staate begehrt werden.

b. Art. 61 verpflichtet jeden Kanton, die Zivilurteile der Gerichte *anderer Kantone* zu vollziehen. Die Vollziehung der Urteile eidgenössischer Gerichtsbehörden, namentlich des B. Ger., ist in Art. 102, Ziff. 5, und Art. 45 des O. G. vorgesehen. In Betreibungssachen sind sich die verschiedenen Betreibungsbehörden kraft Betreibungsgesetz vom 29. April 1889 zu gegenseitiger Rechtshülfe verpflichtet, ohne Rücksicht auf den Kanton, dem sie angehören[1]. Betr. Vollziehung von Urteilen auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung, vgl. unten Ziff. *4*.

Art. 61 hat nur *interkantonale Bedeutung:* er gewährt kein Recht auf Vollziehung von Urteilen der eigenen Gerichte des ersuchten Kantons; in der Weigerung der Vollziehung kann eine Verletzung des Art. 4 B. V. liegen, nicht aber des Art. 61. *Ullmer,* II, Nr. 858; B. Ger. vom 12. Januar 1878 i. S. Aargau u. Kons., IV, 43; III, 644; VI, 31; XVII, 590[2].

c. Noch viel weniger gewährleistet Art. 61 dem Bürger das Recht auf Beurteilung seiner Sache durch den kompetenten Richter; hier setzt vielmehr Art. 4 B. V. ein. Dagegen ergibt sich aus der Verbindung der beiden genannten Bestimmungen, dass ein Kanton dem andern *Rechtshülfe* schuldet *zur Instruktion des* einmal an die Hand genommenen Prozesses: wenn der Bürger, um der Vollziehung sicher zu sein, mit seiner Ansprache an das zuständige Gericht gelangen muss, so darf ihm ein anderer Kanton nicht dadurch das Recht abschneiden, dass er dem Gericht die zur Beurteilung notwendige Hülfe versagt; und da im Laufe des Prozesses nicht zu sagen ist, wo das Urteil vollzogen werden soll, muss allgemein gelehrt werden, dass die Kantone unter sich überhaupt zu jeder Rechtshülfe in Zivilsachen von Bundesrechts wegen verpflichtet sind. In diesem Sinn lautet ein B. R. B. vom 2. Mai 1855 i. S. Huggler, *Ullmer,* II, Nr. 845. In welcher Form die Rechtshülfe begehrt und geleistet werden soll, bestimmt das Bundesrecht dagegen nicht; es gelten dafür die Regeln des internationalen Rechtsverkehrs.

d. Die Pflicht, rechtskräftige Zivilurteile zu vollziehen, ist sowohl eine Pflicht des um die Vollziehung ersuchten Kantons gegenüber dem Kanton des Urteilsgerichts, als gegenüber der Partei, zu deren Gunsten das Urteil gesprochen worden ist. Es ist daher nicht nur die Partei, sondern auch der Kanton zur Beschwerde wegen verweigerter Vollziehung legitimiert. Selbstverständlich ist auch die zur Bewilligung der Vollziehung zuständige kantonale Behörde befugt, von sich aus, trotz Zustimmung des Verurteilten, die Vollziehung zu verweigern, sofern ihre Gründe mit der B. V. vereinbar sind[3].

e. Die B. V. verpflichtet nur den ersuchten Kanton, die rechtskräftigen Zivilurteile anderer Kantone zu vollziehen; *sie verbietet ihm nicht, auch anderen Urteilen die Vollziehung zu gewähren;* sie begründet ein Recht für den die Vollziehung Begehrenden, nicht für den Widersprechenden; B. Ger. vom 24. Dez. 1886 i. S. Bruderer, XII, 536; XXVIII, 141, wo unrichtigerweise mit Art. 9, Abs. 2, des B. Ges. vom 25. Juni 1891 argu-

---

[1] B. Ger. vom 23. Dez. 1903 i. S. Rothschild, XXIX, 443.
[2] *Blumer-Morel,* I, 319.
[3] Ungenau *Ullmer,* I. Nr. 223. *Jäger,* Art 81, Note 16.

mentiert wird[1]). Eine andere Frage ist, ob andere als Zivilurteile, namentlich Strafurteile und administrative Entscheidungen, die im Wege der Betreibung vollzogen werden, nach Art. 80 des Betreibungsgesetzes den Zivilurteilen gleichgestellt werden dürfen[2]).

2. **Zivilurteile.** — *a. Zivilurteile* sind solche, die über einen zivilrechtlichen Anspruch entscheiden; im Gegensatz zu Entscheidungen über öffentlichrechtliche Streitigkeiten und speziell Strafsachen. Auch Art. 81, Abs. 2, des Betreibungsgesetzes bezieht sich nur auf Zivilurteile[3]).

Öffentlichrechtliche Entscheidungen anderer Kantone brauchen nicht vollzogen zu werden; so namentlich Entscheidungen über Steuerforderungen: B. Ger. vom 21. Dez. 1899 i. S. Morf-Brüngger, XXV, 428; XII, 505; XVII, 364; XXVIII, 139; aus dem gleichen Grunde erklärte das B. Ger. Art. 61 unanwendbar auf die nach bernischem Recht vom Erzeuger eines unehelichen Kindes an die Heimatgemeinde zu leistende Entschädigung: IX, 51, und auf die Verwandtensteuer des urnerischen Rechts: XXVIII, 141. Zu Unrecht behandelte der B. R. in einem Entscheid vom 24. Febr. 1862 ein schiedsgerichtliches Urteil über eine interkantonale und interkommunale Grenzstreitigkeit als ein zivilrechtliches; *Ullmer,* II, 859. Ob ein Anspruch und das darüber ergangene Urteil zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sei, entscheidet sich danach, ob der Anspruch, so wie er geltend gemacht und zugesprochen worden ist, zivilrechtlicher Natur ist (vgl. das bei Art. *59,* S. 613 f., und bei Art. *110* Gesagte).

Die Frage, ob ein Urteil zivilrechtlicher oder *strafrechtlicher* Natur sei, entscheidet sich nach der Natur des zur Entscheidung gestellten Anspruchs; so urteilte das B. Ger., ein Erkenntnis des Kreisgerichts Uri, welches den Beklagten zu Fr. 30 Busse, Fr. 10 Ordnungsbusse wegen Nichterscheinens und in die Kosten verurteilte, sei ein strafrechtliches, weil das Begehren des Klägers auf Strafe, Widerruf der Verleumdung und Kostenfolge ging: B. Ger. vom 19. Juni 1895 i. S. Staatskasse Uri, XXI, 366 (vgl. auch die bei Art. *59,* S. 605, zitierten Entsch.).

Die Verurteilung zur Zahlung der *Gerichts-* und *Prozesskosten,* sei es an das Gericht oder an die Gegenpartei, teilt, nach richtiger Anschauung des B. Ger., die rechtliche Natur der Hauptsache[4]); war die Streitigkeit zivilrechtlicher Natur, so kann die obsiegende Partei in jedem Kanton mit der Hauptforderung auch die Forderung auf Erstattung der Prozess- und Gerichtskosten exequieren; war die Streitigkeit dagegen straf- oder öffentlichrechtlicher Natur, so kann er auch für diese Nebenansprüche die Vollziehung in einem anderen Kanton nicht verlangen; B. Ger. vom 14. Sept. 1903 i. S. Heinzer, XXIX, 309; XIV, 411; XXI, 366; *Ullmer,* I, Nr. 242; Archiv für Schuldbetreibung, IV, Nr. 119.

---

[1]) *Roguin,* S. 777. — *Jäger* in seinem Kommentar des Betreibungsgesetzes. S. 113, zitiert eine Anzahl Abkommen zwischen zwei Kantonen über gegenseitige Vollziehung korrektioneller Strafurteile.

[2]) *Jäger,* Art. 80, Noten 13 u. 16. *Salis,* im Archiv für Schuldbetreibung und Konkurs, IV, S. 93, und *Brüstlein,* ebds., S. 322, Anm., sind dieser Ansicht; anders *Brunner,* Das Rechtsöffnungsverfahren, Diss., Solothurn 1898, S. 64.

[3]) Vgl. die obigen Zitate.

[4]) A. A. *Weber* und *Brüstlein,* Kommentar des Betreibungsgesetzes, 1. Aufl., S. 67; Archiv für Schuldbetreibung, IV, S. 322.

Während die frühere Praxis die *adhäsionsweise Entscheidung des Zivilpunktes* durch Strafgerichte nicht als Zivilurteil i. S. des Art. 61 B. V. behandelte, hat das B. Ger. in neuerer Zeit, m. E. mit Recht, anders entschieden. Wenn Art. 59 B. V. dahin ausgelegt wird, dass der Angeklagte vor dem Strafrichter auf Entschädigung belangt werden kann, so ist es nur konsequent, dem erlangten Urteil auch die Vollziehbarkeit eines anderen Zivilurteils zu gewähren; allerdings war der Kläger mit seinem Anspruch nicht an diesen einzigen Gerichtsstand verwiesen, wie in der Regel bei Anwendung des Art. 59 B. V. Wenn ein solches Urteil nicht die erforderliche Gewähr bietet, um geschützt zu werden, so muss man den Beklagten von der Pflicht befreien, vor dem Strafrichter Recht zu nehmen, nicht aber dem Urteil, weil es zufällig in einem anderen Kanton vollzogen werden soll, die Wirksamkeit verweigern; B. Ger. vom 18. Juli 1898 i. S. Burkhard, XXIV, 456[1]). Die Art der rechtsprechenden Behörde und des Verfahrens ist also für den zivilrechtlichen Charakter des Urteils nicht ausschlaggebend (*Ullmer*, I, Nr. 228); deshalb wurden Urteile über Injurienprozesse trotz des zivilprozessrechtlichen Verfahrens als strafrechtliche bezeichnet, wenn der Hauptanspruch auf Strafe und nicht auf Zivilentschädigung ging; B. Ger., XXIX, 309.

b. Urteile i. S. der B. V. sind nach alter Praxis auch *schiedsgerichtliche* Sprüche: *Ullmer*, II, Nr. 859; B. R. B. vom 14. Aug. 1867 i. S. Curti (B. Bl. 1868, II, 484); vom 24. Aug. 1868 i. S. Steiner (B. Bl. 1869, I, 986). Dabei ist aber vorauszusetzen, dass diese Urteile im Kantone, wo sie ergangen sind, den gerichtlichen Urteilen in dieser Beziehung gleichgestellt sind[2]). Es ist wohl richtig, dass nach Art. 61 aussergerichtliche und gerichtliche *Vergleiche* den Urteilen nicht gleichzustellen sind; das B. Ger. vom 16. Juli 1894 i. S. Völlmy, XX, 298, hat in diesem Sinn entschieden. Nachdem aber Art. 80 die ausserkantonalen gerichtlichen Vergleiche auf Geldzahlung oder Sicherheitsleistung gleich den Urteilen vollziehbar erklärt, ist auch Art. 61 B. V. in diesem Sinn auszulegen, wenn nicht angenommen werden will, das Betreibungsgesetz habe in Art. 80 eine Verfassungswidrigkeit begangen.

c. In der Rechtsprechung ist die Frage noch nicht ganz klar gestellt, ob sich Art. 61 nur auf Hauptturteile beziehe oder auch auf *andere richterliche Verfügungen.* Es ist zu unterscheiden je nachdem sich die Verfügung an eine Prozesspartei, an eine Drittperson oder an eine ausserkantonale Behörde richtet. Handelt es sich um eine Verfügung, welche eine der Prozessparteien verpflichtet, z. B. über den Besitz des Streitobjektes oder Sicherheitsleistung, über Herausgabe von Beweisstücken, so kann die Gegenpartei die Vollziehung dieser Entscheidung in einem andern Kanton verlangen; denn irgend ein Gericht muss solche Verfügungen treffen können und ein anderes als das zur Hauptsache kompetente Gericht kann dazu nicht berufen sein (*Ullmer*, I, S. 225). Die Praxis betonte in den bisher entschiedenen Fällen besonders die Notwendigkeit, Verfügungen vollziehbar zu erklären, welche die Erhaltung

---

[1]) B. R. B. vom 27. Juli 1866 i. S. Studer, B. Bl. 1866, III, 347; vom 26. Febr. 1866 i. S. Hegner, B. Bl. 1867, I, 618; vom 27. Aug. 1866 i. S. Schwarz, ibid., 621. *Rognin*, S. 570. — Gl. A. wie im Text: *Blumer-Morel*, I, 320. *Reichel*, Kommentar des Betreibungsgesetzes, S. 83; *Brunner*, a. a. O., S. 46.

[2]) Vgl. *Roguin*, 778; *Jäger*, a. a. O., Art. 80, Note 3; Art. 81, Note 13.

des Streitgegenstandes bezwecken, da sonst das Hauptturteil nutzlos würde, eine Erwägung, die aber nicht überall zutrifft: *Ullmer,* I, Nr. 223; vgl. B. Ger., IX, 131; XXIV, 74; VIII, 435.

Richtet sich die Verfügung an eine Drittperson, die sich in einem anderen Kanton aufhält, so ist sie nicht ohne weiteres vollziehbar, weil jene Person in einem Prozess, in welchem sie nicht Partei ist, nicht zu einer Leistung verurteilt werden kann. Es handelt sich hier also überhaupt nicht um Vollziehung eines Urteils, sondern um Erfüllung einer Gerichtspflicht, und da der Gerichtspflichtige nur durch die Gerichtsbehörde, in deren Sprengel er sich befindet, gezwungen werden kann, muss sich das urteilende Gericht an dasjenige des Wohnsitzes um Rechtshülfe wenden, die ihm aber nicht versagt werden darf; B. R. B. vom 11. Nov. 1872 i. S. Rossé (B. Bl. 1873, II, 34). Das urteilende Gericht wird auch oft diesen Weg des Rechtshülfegesuches einschlagen, wo eine der Prozessparteien zu einer Leistung verpflichtet werden soll: es kann aber auch die Partei verurteilen, und es der Gegenpartei überlassen, die Vollziehung des Urteils zu erwirken. Besondere Schwierigkeit bot der vom B. Ger. mit Urteil vom 30. März 1898 i. S. Häfliger, XXIV, 69, entschiedene Fall. Der Käufer eines im Kanton Luzern gelegenen Gutes belangte den Verkäufer kraft Prorogation vor aargauischem Gericht auf Einhaltung des Kaufvertrages; nachdem der Verkäufer mit einem Dritten einen zweiten Kaufvertrag abgeschlossen hatte, erwirkte der Kläger vom aarg. Gericht zuerst ein Verbot an den Beklagten, das Gut während des Prozesses zu veräussern, und bald darauf ein Verbot an die luzernische Fertigungsbehörde, eine Wegfertigung des Gutes vorzunehmen. Die luzernische Behörde bewilligte indessen dem zweiten Käufer, zwar nicht die definitive Fertigung, aber die Vormerkung des Kaufes im Handänderungsprotokoll. Das B. Ger. wies mit Recht die Beschwerde gegen diese Verfügung ab, aber mit teilweise unrichtiger Begründung. Richtig ist, dass dem zweiten Käufer die Fertigung nicht verwehrt werden konnte durch ein in fremder Sache gefälltes Urteil; sein vorher erworbenes Recht auf Fertigung konnte dadurch nicht berührt werden. Unrichtig ist aber, dass das aargauische Gericht überhaupt eine Veräusserung des Gutes nicht verbieten konnte, weil das Eigentum desselben nicht im Streite war; dem Vertragsgegner dürfen doch zweifellos diejenigen Handlungen verboten werden, durch welche er die Erfüllung des Vertrages unmöglich machen will, wie schon bei *Ullmer,* Nr. 223, in einem ähnlichen Fall richtig entschieden. Es war ferner unrichtig, die Frage, ob das aargauische Gericht das aargauische oder luzernische Recht richtig angewendet habe, in Erwägung zu ziehen.

d. Als Urteile i. S. des Art. 61 B. V. sind m. E. nur Entscheidungen über *streitige Sachen* zu betrachten. Bei Verfügungen der nichtstreitigen Gerichtsbarkeit kann von einer eigentlichen Vollziehung nicht gesprochen werden, weil die von der Verfügung betroffene Person der Vollziehung keinen Widerstand entgensetzt und daher auch nicht gezwungen zu werden braucht. Gegen die Vollziehung kann seitens dieser Person oder der ersuchten Behörde nur wegen Inkompetenz der verfügenden Behörde Widerspruch erhoben werden, und diese Frage gehört nicht dem Art. 61, sondern dem Art. 46, Abs. 1, und dem auf Grund desselben erlassenen B. Ges. vom 25. Juni 1891 an. Um eine Kompetenzfrage in Vormundschaftssachen handelte es sich in der langwierigen Rekurssache

Schellenberg u. Guex-Perey: *Ullmer*, II, Nr. 941 (B. Bl. 1866, II, 184; 1867, II, 471, 496).

e. Im übrigen sind alle Arten von Zivilurteilen in andern Kantonen vollziehbar, *gehen sie auf Geld- oder eine andere Leistung*, z. B. Herausgabe eines Kindes: *Ullmer*, I, Nr. 226 (vgl. aber unten 3 *d*). Das Moderationsurteil des Prozessgerichts über die Honorare des Anwalts ist kein eigentliches Urteil, weil es die Partei nicht zur Zahlung verurteilt, sondern nur die Höhe der Forderung feststellt für den Fall, dass eine Forderung überhaupt besteht. *Ullmer*, I, Nr. 227; B. Ger. XIV, 411. Vor Inkrafttreten des eidg. Betreibungsgesetzes wurde mit Recht entschieden, dass auch Konkurserkenntnisse, Pfändungen und andere Betreibungshandlungen keine Zivilurteile, sondern Exekutionshandlungen seien: B. Ger. VI, 182; VII, 482; V, 177; XVI, 104.

3. **Voraussetzungen der Vollziehung.** Damit das in einem Kanton gefällte Zivilurteil in dem andern Anspruch auf Vollziehung habe, muss es nach gehöriger Ladung des Verurteilten vom kompetenten Richter erlassen und rechtskräftig sein.

a. Die häufigste Einrede gegen die Vollziehung eines Urteils ist die der *Inkompetenz des Gerichts*, welches das Urteil gefunden; dass diese Einrede an sich zulässig ist, wurde von jeher anerkannt.

Die Frage, ob ein schweizerisches Gericht oder ein *ausländisches* kompetent sei, beurteilt sich nach den internationalen Gerichtsstandsnormen des Kantons, wo das Urteil ergangen ist, unter Vorbehalt des B. Ges. vom 25. Juni 1891, Art. 28—34. Gegenüber Frankreich gilt der Vertrag vom 15. Juni 1869.

Die Frage, welches Kantons Gerichte zuständig seien, entscheidet sich notwendigerweise nach interkantonalen, einheitlichen Rechtsnormen, nicht nach dem Recht eines der beiden Kantone, des die Vollziehung ersuchenden oder des ersuchten: *Ullmer*, II, Nr. 854, Erw. 1 [1]). Für «persönliche Ansprachen» gilt Art. 59 B. V., dessen Missachtung, wie schon dort bemerkt, auch noch im Vollziehungsstadium geltend gemacht werden kann; für personen-, familien- und erbrechtliche Verhältnisse das B. Ges. vom 25. Juni 1891 [2]). Keine ausdrückliche Norm besteht bezüglich Streitigkeiten über dingliche Rechte an unbeweglichen Sachen. Als unbestrittener Grundsatz darf wohl angenommen werden, dass die Gerichte des Kantons, in dem die Sache gelegen, allein zuständig sind. Schwierigkeiten können aber entstehen, wenn es sich um Forderungsrechte an unbeweglichen Sachen handelt, wenn, wie bisher, solche Ansprachen als persönliche i. S. Art. 59 B. V. behandelt werden (vgl. den S. 635 erörterten Fall B. Ger. XXIV, 69); sie werden aber erheblich vermindert, wenn das urteilende Gericht stets das Recht des Kantons anwendet, wo die Sache gelegen ist. — Für Gerichtsstandsverträge zwischen

---

[1]) *Rognin*, 779, *Jäger*, Art. 81, Note 16, wollen mangels bundesrechtlicher Normen das Recht desjenigen Kantons entscheiden lassen, in welchem das Urteil erlassen worden ist. *Ganzoni*, Zeitschrift N. F. XVII, 748, scheint unserer Ansicht zu sein.

[2]) Die ältere Praxis hat anlässlich von Vaterschaftsprozessen mehrmals entschieden, dass jeder Kanton ausschliesslich kompetent sei, zu entscheiden, wer Anspruch auf sein Bürgerrecht habe: *Ullmer*, I, Nr. 234—236, 238; vgl. 237. B. Ger. III, 646. Vgl. jetzt B. Ges. 1891, Art. 8. Vgl. ferner die bei Art. 59 zitierten Bundesgesetze. Betr. Art. 49 des Zivilstandsgesetzes vgl. B. Ger. XXI, 954.

Kantonen ist demnach kein grosser Raum mehr; besteht ein solcher, so ist er mangels eidg. Rechts im Verhältnis der beiden Kantone massgebend.

Es kann aber dem Urteil auch die Vollziehung verweigert werden, weil es durch ein anderes als das zuständige Gericht des Kantons, dem das urteilende angehört, gefällt wurde. Diese Frage ist nach dem Recht des ersuchenden Kantons zu beurteilen [1]. Während aber, mangels unterscheidender Regelung, jeder Verstoss gegen interkantonale Kompetenzregeln die Vollziehbarkeit hemmt, kann nur derjenige Verstoss gegen kantonale Zuständigkeitsnormen der Vollziehung entgegengehalten werden, der im Kantone des urteilenden Gerichts selber diese Wirkung hätte; wenn die Frage, welches Gericht des Kantons kompetent sei, nach dem Recht eben dieses Kantons beantwortet werden muss, so muss offenbar auch die Frage, welche anfangs unzuständigen Gerichte durch das spätere Verhalten der Parteien zuständig werden können, nach diesem Recht beantwortet werden. Demgemäss wurden Entscheidungen von administrativen Behörden, die nach dem Rechte ihres eigenen Kantons nicht kompetent waren, als nicht vollziehbar erklärt: *Ullmer,* I, Nr. 228. — Wird die Kompetenz eines Schiedsgerichts bestritten, so entscheidet der Schiedsgerichtsvertrag und das darauf anzuwendende Recht: *Ullmer,* I, Nr. 229; B. R. B. vom 26. Aug. 1868 i. S. Steiner (B. Bl. 1869, I, 986).

Die Vollziehung eines ausserkantonalen Urteils darf dagegen nicht verweigert werden, weil das kompetente urteilende Gericht sich über *das anzuwendende Recht* geirrt hat, ebensowenig wie sie wegen unrichtiger Auslegung des anwendbaren Rechts verweigert werden darf.

b. Der Verurteilte muss *regelrecht geladen* worden sein [2]; das Urteil braucht nicht vollzogen zu werden, ja es darf ohne Verletzung von Art. 4 B. V. nicht vollzogen werden, wenn der Verurteilte überhaupt nicht geladen worden ist: B. Ger. XXIV, 240. Anstatt der Partei selber kann ihr Vertreter geladen werden, vorausgesetzt, dass er dazu bevollmächtigt ist: B. Ger. XXIV, 245. Hat die Partei selber wegen Handlungsunfähigkeit oder Abwesenheit einen gesetzlichen Vertreter, so ist dieser zu laden bei Streitigkeiten, die in den Kreis seiner gesetzlichen Vertretungsbefugnis gehören: B. Ger., 29. Okt. 1881, i. S. Jacottet, VII, 698; XXI, 953; *Ullmer,* I, Nr. 230. Den 24. Juli 1863 entschied der B. R., das gegen eine Handelsgesellschaft in Liq. gefällte Urteil sei exequierbar gegen die einzelnen persönlich haftbaren Gesellschafter, nicht aber gegen andere Interessierte: *Ullmer,* II, Nr. 855. Es wird dies auch unter dem O. R. für diejenigen Personen gelten, die von Rechts wegen für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft unbeschränkt haften. — Damit die Ladung gültig ist, muss die geladene Person so genau bezeichnet sein, dass über ihre Identität kein Zweifel besteht; das Gleiche gilt für das Urteil selbst: B. R. B. vom 19. Sept. 1870 i. S. Dubois (B. Bl. 1870, II, 543). — Verurteilt kann nur derjenige werden, der als Beklagter geladen wor-

---

[1] B. R. B. vom 16. Mai 1866 i. S. Pittet u. Komp., B. Bl. 1867, I, 622: Die Frage, ob ein Kontumazurteil die Bedeutung eines definitiven Urteils habe, erledigt sich nach der Gesetzgebung desjenigen Kantons, dem die Gerichtsbarkeit zusteht. — *Roguin*, Nr. 669, 670, ist der Ansicht, die Kompetenz sei ausschliesslich nach dem Recht des Kantons zu beurteilen, dessen Gericht das Urteil gefällt hat.

[2] *Jäger,* Art. 81, Noten 18 19.

den ist, nicht als Nebenintervenient oder Zeuge: *Ullmer,* I, Nr. 232 Die Formwidrigkeit der Ladung oder die Unterlassung derselben kann durch Anerkennung des zu Ladenden geheilt werden; eine solche Anerkennung liegt in der Befolgung der Ladung, nicht aber in rein passivem Verhalten: B. Ger. XVIII, 451.

Die Ladung einer in einem andern Kanton *domizilierten* Person hat *in der gesetzlichen Form dieses Kantons,* nicht des Kantons des Prozessgerichts zu geschehen; Ladung durch chargierte Postsendung genügt nicht: B. Ger. XVIII, 451; XX, 293; XXIII, 62; XXIV, 240. Das Prozessgericht muss daher die Wohnsitzbehörde um Zustellung der Ladung nach dem dort geltenden Gesetz ersuchen; diese Rechtshülfe darf nur dann verweigert werden, wenn die Gerichte des ersuchenden Kantons nach interkantonalen Kompetenzregeln nicht zuständig sind und diese Unzuständigkeit durch die Einwilligung des zu Ladenden nicht geheilt werden kann, wie es bei Art. 59 B. V. möglich ist. Die Ladung muss aber unter allen Umständen erfolgen, wenn das Urteil gegen den zu Ladenden vollziehbar sein soll; unrichtig daher: *Ullmer,* I, Nr. 225, S. 223

Ist der Aufenthalt des zu Ladenden unbekannt, aber nur dann, so kann er auf dem Ediktalwege geladen werden, was dann natürlich nach dem Gesetz des Prozessgerichtes geschieht: B. Ger. XI, 443. B. R. B. vom 12. Mai 1871 i. S. Klaus (B. Bl. 1872, II, 502). Es genügt übrigens, dass der Aufenthaltsort des Beklagten dem Kläger bekannt war, B. Ger. XXIII, 62, oder dass der Kläger oder das Gericht die Mittel in der Hand hatten, den Aufenthaltsort in Erfahrung zu bringen.

c. Das Urteil muss in *Rechtskraft* erwachsen sein, d. h. es muss nach dem Rechte des Urteilsgerichts nicht mehr durch eine höhere Instanz abgeändert oder aufgehoben werden können, sei es weil die höchste Instanz gesprochen oder weil die Frist zur Ergreifung des Rechtsmittels verflossen ist: *Ullmer,* I, Nr. 221; B. R. B. vom 12. Mai 1871 i. S. Klaus (B. Bl. 1872, II, 502). B. Ger., 24. Dez. 1875, i. S. Suter, I, 217, ein Fall teilweise rechtskräftig gewordenen Urteils. Bedingung der Vollziehbarkeit eines Zivilurteils in der ganzen Schweiz ist somit zunächst die formelle Rechtskraft; dabei setzt aber die B. V. weiter voraus, dass das formell rechtskräftige Urteil nach dem Recht des Urteilsgerichts auch materiell rechtskräftig sei, d. h., dass über die gleiche Sache nicht noch einmal geurteilt werde. Liegt ein solches Urteil vor, so soll es in allen andern Kantonen vollziehbar sein, und daraus folgt wiederum, dass auch in andern Kantonen nicht noch einmal über die gleiche Sache abgeurteilt werden darf: *Ullmer,* I, Nr. 244; B. Ger. V, 183; XXIV, 456. Eben deshalb darf der um Vollziehung angegangene Kanton die materielle Richtigkeit des Urteils nicht in Frage ziehen: B. Ger. XII, 531.

Weil nur das formell rechtskräftige Urteil Anspruch auf Vollziehung hat, muss auch verlangt werden, dass das Urteil dem Verurteilten *mitgeteilt* worden sei, sofern ihm wenigstens dagegen noch ein Rechtsmittel zustand; Art. 61 verlangt m. E. nicht mehr: *Ullmer,* I, Nr. 230; B. Ger., 29. Juni 1898, i. S. Oberallmeind Schwyz, XXIV, 241. Vgl. den zitierten B. R. B. i. S. Dubois.

d. Art. 61 bestimmt nicht, ob die Vollziehung eines Urteils verweigert werden könne, weil es der *öffentlichen Ordnung* zuwider wäre; m. E. würde es dem Grundgedanken des Art. 61, wie auch des B. Ges. vom 25. Juni 1891, widersprechen, diese Einrede gelten zu lassen gegen-

über dem angewendeten ausserkantonalen Rechtsgrundsatz. Dagegen dürfte wohl die Vollziehung verweigert werden, weil nach dem Recht des ersuchten Kantons ähnliche Urteile nicht zwangsweise vollstreckt werden dürfen, z. B. Urteile betr. Zusammenwohnen der Ehegatten [1]).

e. Urteile, die den angeführten Erfordernissen entsprechen, sind an sich vollziehbar; die im abgeurteilten Prozess vorgebrachten Einreden sind endgültig erledigt. Im Vollziehungsverfahren können aber andere *Einreden gegen die Vollziehung* des gerichtlich zuerkannten Anspruchs vorgebracht werden, wie die der Zahlung, Verjährung oder Kompensation etc. In einem Entscheid vom 14. August 1867 i. S. Curti (B. Bl. 1868, II, 484), erkannte der B. R., dem Verurteilten müsse jedenfalls die Einrede geleisteter Abschlagszahlungen zustehen; wenn er dagegen Gegenrechnungen zu stellen habe, oder andere Forderungen geltend machen wolle, müsse er selbständige Klage erheben; die Vollziehbarkeit des rechtskräftigen Urteils könne er dadurch nicht hemmen. In einem Entscheide vom 1. Juli 1872 i. S. Schönenberger-Frey (B. Bl. 1873, II, 34), erklärte die gleiche Behörde, es könne dem vollstreckbaren Urteile, auch wenn der darin festgestellte Anspruch abgetreten worden sei, eine ebenfalls gerichtlich anerkannte und also liquide, aber wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners irrealisierbare Gegenforderung entgegengestellt werden. Das B. Ger. entschied mit Urteil vom 5. Nov. 1887 i. S. Barell, XIII, 391, das O. R. Art. 131, 132 entscheide die Frage nicht, welche verrechenbare Gegenforderungen im Vollziehungsverfahren noch zur Kompensation gestellt werden können; dies zu bestimmen, sei Sache des kantonalen Prozessrechts; wenn aber das kantonale Prozessrecht Einwendungen aus bestrittenen, illiquiden Gegenforderungen gegen kantonale Urteile in der Exekutionsinstanz ausschliesse, so dürfen sie auch gegen ausserkantonale Urteile nicht erhoben werden; dass die Gestattung solcher Einreden gegenüber beiderlei Urteilen mit Art. 61 B. V. unvereinbar wäre, sagt das B. Ger. nicht ausdrücklich; vgl. auch B. Ger., II, 417. Das Richtige scheint mir zu sein, dass ausserkantonale schweizerische Urteile vollzogen werden müssen *gleich wie kantonale;* es ist nicht anzunehmen, dass die B. V. Urteile anderer Kantone besser stellen wollte als die Urteile des ersuchten Kantons selbst. Verlangt ja Art. 45 O. G. selbst für Entscheidungen der eidgenössischen Gerichtsbehörden nicht mehr, als dass sie von den Kantonen wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte vollzogen werden. Übrigens gelten heute für die Vollstreckung aller Urteile, die auf Zahlung einer Geldsumme oder einer Kautionsleistung gehen, Art. 80 und 81 des Betreibungsgesetzes, welches der Betreibung ihren Lauf lässt, wenn nicht der Betriebenene durch Urkunden beweist, dass die Schuld seit Erlass des Urteils getilgt oder gestundet worden, oder die Verjährung anruft. Das Gleiche muss nun als Minimum für Art. 61 gelten [2]).

f. Derjenige, der die Vollziehung eines Urteils begehrt, hat eine äusserlich gültige Urteilsausfertigung beizubringen, mit einer Erklärung der zuständigen Behörde, dass das Urteil rechtskräftig sei, *Ullmer,* I, Nr. 221; Sache des Verurteilten ist es, zu *beweisen,* dass das Urteil von

---

[1]) *Rognin,* 781, verwirft, mit *Mnheim,* Die Prinzipien des internat. Privatrechts, 304, den Weigerungsgrund schlechthin.

[2]) Vgl. *Jäger,* Art. 81, Note 10. *Reichel,* S. 81.

einem inkompetenten Gericht gefällt oder dass er nicht gehörig geladen worden ist, oder endlich, gegen die Vollziehung materiellrechtliche Einreden zu erheben [1]. —

Ist das zu vollziehende Urteil *unklar*, so hat der Impetrant vom Gericht, welches das Urteil gefällt, eine authentische Auslegung zu verlangen; das B. Ger., als Rekursbehörde für Verletzungen des Art 61 B. V., ist dazu nicht kompetent. Die Vollziehungsbehörde soll aber die Vollziehung nur verweigern, wenn der Sinn des Urteils nicht mit Sicherheit festzustellen ist; es genügt nicht, dass er von der Gegenpartei bestritten sei; B. R. B. vom 17. Okt. 1870 i. S. Ballif (B. Bl. 1871, II, 396); B. Ger. vom 24. Dez. 1875 i. S. Suter, I, 217.

4. **Vollziehung.** *Vollziehung* ist die zwangsweise Realisierung des im Urteile festgestellten Anspruchs. Dies allein gewährleistet Art. 61 B. V. Er gewährleistet nicht, dass der gerichtlich festgestellte Anspruch in einem späteren Prozess als bewiesen gehalten werden müsse; es folgt aber unausweichlich aus Art. 61, dass einem Urteil, das überall vollziehbar ist, überall auch die Beweiskraft der res judicata zuerkannt werden muss. Eine Verletzung dieses Grundsatzes ist es jedoch nicht, wenn das Urteil, ohne dass ihm jene Beweiskraft bestritten würde, unrichtig ausgelegt wird; vgl. B. Ger., III, 642. Wenn also die im rechtskräftigen Urteile entschiedene Frage einen andern Rechtsstreit präjudiziert, so ist durch das Urteil die präjudizierliche Frage entschieden. Das B. Ger. erkannte mit Urteil vom 16. Januar 1886 i. S. Jaquemot, XII, 10, dass die Gleichstellung des Adoptivkindes mit dem ehelichen Kinde nach Genfer Recht für die Anwendung des waadtländischen Erbsteuergesetzes, welches eheliche Kinder bevorzugt, nicht bestimmend sei; mit Recht! Denn vom waadtländischen Fiskus wurde nicht bestritten, dass das genferische Urteil dem Adoptivkinde den Status eines ehelichen Kindes des Adoptierenden verschaffe, sondern nur, dass ein solches Kind ein eheliches Kind i. S. des waadtländischen Steuergesetzes sei, eine Frage des Auslegung dieses Gesetzes; eine willkürliche Auslegung des Urteils würde gegen Art. 4, nicht 61 B. V. verstossen [2].

Vollziehbar sind nur solche Urteile, die einer Partei den Anspruch auf eine bestimmte Leistung zusprechen; Urteile, welche den Anspruch des Klägers abweisen, sind nicht vollziehbar; *Ullmer*, II, Nr. 858; sie besitzen aber m. E. materielle Rechtskraft auch in anderen Kantonen. Vollziehbar sind auch nicht solche Urteile, welche einen Anspruch bloss grundsätzlich, nicht in bestimmter, realisierbarer Gestalt anerkennen, z. B. eine Forderung gutheissen, ohne den Betrag ziffermässig festzustellen: B. Ger., XXI, 954.

Ist das Urteil vollziehbar, so muss es vollzogen werden, so wie es lautet; *Ullmer*, I, Nr. 233: lautet ein Urteil bloss auf Kapital ohne Zinsen, so geht die Vollziehung bloss auf Kapital.

Das Urteil ist vollziehbar *gegen den Verurteilten* oder gegen seinen gesetzlichen Vertreter, wenn das Urteil über Rechte abspricht, die der

---

[1] Über die Beweislast bei Art. 81 des Betreibungsgesetzes vgl. *Reichel*, Art. 81, Anm. 5.

[2] Es bedarf kaum der Erwähnung, dass Art. 61 keinen Schutz gewährt gegen Aufhebung des gerichtlich zugesprochenen Rechts durch die Gesetzgebung, welche das Rechtsverhältnis beherrscht: B. Ger., IV, 44.

Verurteilte selber nicht auszuüben vermag; *Ullmer*, I, Nr. 231 (Verurteilung des Ehemannes namens der Frau). Kann das Recht, welches das Urteil betrifft, nur von mehreren gemeinschaftlich ausgeübt werden, z. B. einer Erbengemeinderschaft, so muss die Vollziehung, wie das Urteil, gegen alle zugleich eingeleitet werden; B. Ger., VIII, 435. Ob das Urteil auch gegen gutgläubige Dritte vollziehbar ist, welche am Streitgegenstande vor der Vollziehung Rechte erworben haben, entscheidet sich nach dem vor der Verurteilung bestehenden Rechtsverhältnis; die Verurteilung selbst ändert daran nichts; *Ullmer*, I, Nr. 243.

Das *Vollziehungsverfahren* ist dasjenige des Kantons, wo die Vollziehung stattfinden soll; *Ullmer*, I, Nr. 221. Wenn das Verfahren für Urteile anderer Kantone das gleiche ist wie für die eigenen, ist der B. V. genügt; es kann auch, bei bestrittener Vollziehbarkeit, ein gerichtliches Verfahren vorgeschrieben sein, wenn die Hauptsache dabei nicht in Frage gestellt wird; B. Ger. vom 15. Dez. 1876 i. S. Ernst, Rieter & Cie., II, 417; *Ullmer*, I, Nr. 226, 239[1]). Dagegen kann geprüft werden, ob die Voraussetzungen der Vollziehbarkeit vorhanden sind. Die Kantone können für ausserkantonale Urteile auch ein besonderes, zur Feststellung dieser Voraussetzungen bestimmtes Verfahren vorschreiben; sie können die Vollstreckung ausserkantonaler Urteile von einer vorgängigen Vollstreckungsbewilligung durch eine richterliche oder administrative Behörde abhängig machen; B. Ger. vom 4. Dez. 1886 i. S. Wälchli, XII, 531; III, 649; XIII, 269; *Ullmer*, I, Nr. 220. Muss die Vollstreckung durch besondere Entscheidung bewilligt werden, so hat der Impetrant auch Anspruch auf eine Entscheidung darüber, ob das vorgelegte Urteil als ein vollziehbares anerkannt werde oder nicht; beantwortet es die Behörde nicht, so macht sie sich einer Rechtsverweigerung schuldig, gleich wie wenn sie die bewilligte Vollziehung nicht ins Werk setzt; B. R. B. vom 29. Dez. 1871 i. S. Welti (B. Bl. 1872, II, 502); B. Ger. vom 10. Juni 1881 i. S. Zemp, VII, 261[2]); XIII, 269; V, 322[3]). — Weigert sich ein Kanton, das rechtskräftige Urteil eines andern zu vollziehen, ohne dessen Vollziehbarkeit zu bestreiten oder trotz Bejahung dieser Frage durch das B. Ger., so wird ihn der B. R. dazu verhalten und nötigenfalls das Urteil selber vollziehen lassen; vgl. den eben zitierten B. R. B. i. S. Welti.

Nach Art. 61 kann die Vollziehung eines rechtskräftigen Zivilurteils *an jedem Ort* der Schweiz verlangt werden; während Art. 59 den Gläubiger zuerst an den Richter des Wohnortes des Schuldners verweist, gibt ihm Art. 61 das Recht, das einmal erstrittene Urteil überall zu vollziehen; der Verurteilte braucht nicht zuerst an seinem Wohnort gesucht zu werden; B. R. B. vom 19. Sept. 1870 i. S. Baumgartner (B. Bl. 1871, II, 595), wo allerdings am Wohnort kein pfändbares Vermögen mehr vorhanden war.

---

[1]) *Roguin*, S. 782.

[2]) Dieses Urteil geht zu weit, indem es als unzulässig hinstellt, dass dem Impetranten zugemutet werde, die Bewilligung eines bestimmten Exekutionsverfahrens zu verlangen, und dass er abgewiesen werde, wenn er das unrichtige Exekutionsverfahren nachsucht.

[3]) *Roguin*, S. 781. Warum ein Urteil in allen anderen Kantonen vollzogen werden müsste, weil es in einem Kanton vollziehbar erklärt wurde, wie *Roguin*, S. 780, lehrt, ist nicht einzusehen.

Für die Vollziehung von Urteilen auf Geldzahlung und Sicherheitsleistung gilt heute ausschliesslich das eidg. Betreibungsgesetz, welches die Betreibung am Wohnsitz des Schuldners vorschreibt.

Soll ein solches Urteil nach dem Betreibungsgesetz vollzogen werden, so muss die Betreibung, wie stets, mit einem Zahlungsbefehl angehoben werden; erhebt aber der Betriebene Rechtsvorschlag, so kann der Gläubiger auf Grund des Urteils Rechtsöffnung verlangen, und der Schuldner kann wiederum, bei Urteilen eines anderen Kantons, die Kompetenz des Gerichtes, welches das Urteil erlassen hat, bestreiten, oder die Einwendung erheben, dass er nicht regelrecht vorgeladen oder nicht gesetzlich vertreten gewesen sei (Art. 81, Abs. 2). Das B. Ger. hat erklärt, dass diese Vorschriften als die bundesgesetzliche Ausführung des in Art. 61 B. V. niedergelegten Grundsatzes zu betrachten seien, m. a. W. in ihrem Anwendungsgebiet an Stelle des Art. 61 getreten seien. Der Rechtseröffnungsentscheid selber ist dagegen kein Zivilurteil i. S. des Art. 61 B. V. oder des Art. 80 des Betreibungsgesetzes; er entscheidet nicht über Existenz oder Nichtexistenz der Forderung, sondern beseitigt nur ein prozessrechtliches Hindernis, und gilt nicht über die Betreibung hinaus, in der er erlassen wurde; B. Ger. vom 26. Sep. 1902 i. S. Garantie fédérale, XXVIII, 247; vom 23. Dez. 1903 i. S. Rothschild, XXIX, 443; vom 4. März 1903 i. S. Cardoner, XXIX, 7[1]).

Art. 62.

Alle Abzugsrechte im Innern der Schweiz, sowie die Zugrechte des einen Kantons gegen Bürger anderer Kantone sind abgeschafft.

I. Geschichte.

Der Ursprung dieses Artikels geht auf das *helvetische Gesetz* vom 12. Juni 1798 zurück, das beschloss, dass die Abzugsrechte unter allen Bürgern Helvetiens, vom 12. April an gerechnet, abgeschafft sein sollen (Aktensammlung der Helvet. Republik, II, 210).

Art. 5 der *Mediationsverfassung* bestimmt im 1. Absatz: «Die ehemaligen Zugs- und Abzugsrechte sind abgeschafft.» § XI, Abs. 4, des *Bundesvertrages von 1815:* «Die Abzugsrechte von Kanton zu Kanton sind abgeschafft»; vgl. den Tagsatzungsbeschluss vom 17. Sept. 1803 und 9. Juni 1804, bestätigt den 13. Juli 1818 (Off. Sammlg., I, 246). Der Entwurf von 1832 enthielt in anderer Form die gleiche Vorschrift: Art. 38: «Alle Abzugsrechte im Innern der Schweiz sind abgeschafft.» Die Tagsatzungskommission erweiterte sie aber 1833 zur heute geltenden: Art. 33: «Alle Abzugsrechte im Innern der Schweiz, sowie die Zugrechte von Angehörigen des einen Kantons, als solchen, gegen Angehörige

---

[1]) *Jäger* zu Art. 80 u. 81; *Brunner*, a. a. O., S. 44 ff.

anderer Kantone, sind abgeschafft.» Vgl. auch Art. 30, lit. *d*. Schon im Entwurf der *Revisionskommission von 1848* lautete die Bestimmung wie heute[1]. Die Tagsatzung nahm sie nach kurzer Beratung an[2]. Auch in der Verfassungsrevision von 1872—74 wurde sie bestätgt[3].

II. Auslegung.

Abzugsrechte waren öffentliche Abgaben, die vom Vermögen bezogen wurde, welches infolge Heirat, Auswanderung oder Beerbung ins Ausland zog[4].

Das *Zugrecht* ist das gesetzliche dingliche Recht, welches am häufigsten Verwandten und Gemeindegenossen zustand, an Fremde veräusserte oder vererbte Grundstücke, zuweilen auch bewegliche Sachen, entgeltlich an sich zu ziehen[5].

Abzugsrechte sind nicht nur von Kanton zu Kanton verboten, sondern auch von Gemeinde zu Gemeinde; es ist sowohl Gemeinden wie Kantonen verboten, von Vermögenskomplexen, die aus ihrem Gebiete ziehen, einen Abzug zu machen, und zwar ohne Unterschied, ob der Eigentümer Fremder oder Kantons- und Gemeindeangehöriger sei. Art. 62 schützt den freien Güter- und damit auch Personenverkehr, die Freizügigkeit. — *Einzugsrechte* sind nicht allgemein verboten; vgl. aber Art. 60, 45, Abs. 6, und 54, Abs. 6.

Art. 62 hebt diejenigen Zugrechte auf, die zu gunsten der Kantonsangehörigen und zu lasten der Kantonsfremden bestehen, ohne Rücksicht auf den Wohnsitz des Erwerbers; ein Anwendungsfall von Art. 60. Es ist daher anzunehmen, dass sie zu gunsten der Gemeindegenossen[6]) und zu gunsten der Kantons*bewohner* zulässig wären, sofern nicht auf das Kantonsbürgerrecht abgestellt wird. Im geltenden Recht bestehen nur noch Zugrechte zu gunsten von Verwandten und Miteigentümern, die zweifellos verfassungsmässig sind.

Art. 63.

Gegen die auswärtigen Staaten besteht Freizügigkeit unter Vorbehalt des Gegenrechtes.

I. Geschichte.

Trotzdem die *Mediationsverfassung* und der *Bundesvertrag von 1815* die Bestimmung des Art. 63 nicht besassen, fasste die Tagsatzung den 17. Sept. 1803 und 9. Juni 1804 einen Beschluss betr. die Abzugsrechte,

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 158, 176.

[2]) Absch. 1847, S. 98 f., 271.

[3]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 263, 557.

[4]) *Huber*, Schweiz. Privatrecht, I, 151, Note 1; IV, 269, 554, Note 25; *Blumer*, Geschichte der schweiz. Demokratien, II, 287. *Walther*, System der Abzugsgerechtigkeiten, 1775: „Heut zu Tage übet beynahe eine jede Obrigkeit durch ganz Deutschland und die Schweiz ein gewisses Recht, von Gütern, die entweder von ihren wegziehenden Unterthanen, oder von Fremden aus ihrem Lande und unter ihrer Botmässigkeit hinweggezogen werden, einen Theil zurückzubehalten." S. 1.

[5]) *Huber*, Privatrecht, III, 265 ff.; IV, 7—18 ff. *Blumer*, Geschichte der schweiz. Demokratien, I, 441 ff. *Leuenberger*, Studien über bernische Rechtsgeschichte, 149, 313 ff.

[6]) Anders *Steinhauser*, Das Zugrecht nach den bündnerischen Statutarrechten, Diss., Chur 1896, S. 136.

den sie am 13. Juli 1818 bestätigte (Off. Sammlg., I, 246), worin u. a. gesagt war: «Gegen das Ausland ist vor allem aus der Grundsatz der Reziprozität aufzustellen, und der Abzug nur von denjenigen Staaten, welche gegen die Schweiz oder die betr. Kantone dieses Recht ausüben, nach dem von denselben angenommenen Massstabe zu beziehen.» Die bestehenden Verträge blieben vorbehalten. Gegenüber Ländern, in denen bisher noch keine Gesetze oder Gebräuche darüber bekannt wären, sollte der Abzug 10 vom Hundert nicht übersteigen, und der diesörtige Beschluss nur von den Kantonsregierungen ausgehen können. — Übrigens sehe die Tagsatzung eine allgemeine Aufhebung dieser Abgabe als vorteilhaft für die Schweiz an. Die Kantone schlossen mit einer grossen Zahl von Staaten Freizügigkeitsverträge, durch welche beide Vertragsteile auf die Erhebung von Abzugs-, Abschoss-, Abfahrtsrechten und ähnlichen Abgaben verzichteten, z. T. unter Vorbehalt derjenigen der Gemeinden. (Vgl. das Register der Off. Sammlg., Bd. I—III, verbo «Freizügigkeitsverhältnisse».) Diesem Rechtszustande gemäss stellte der Entwurf von 1832 den Satz auf: Art. 39: «Gegen die auswärtigen Staaten besteht allgemeine Freizügigkeit, unter Vorbehalt des Gegenrechts», der nach Weglassung des Wortes «allgemeine» ohne Widerspruch in den Entwurf von 1833 und von da in die heutige Verfassung überging.

II. Auslegung.

Art. 63 hebt lediglich die Abzugsrechte von dem ins Ausland gehenden Gute auf (vgl. Art. 62), ohne im übrigen die Bedingungen des Auswanderungsrechts der Schweizerbürger oder des Niederlassungsrechts der Ausländer in der Schweiz zu regeln; dieser beschränkte Sinn des Wortes «Freizügigkeit» ergibt sich aus der Entstehungsgeschichte und aus dem französischen Text: traite foraine. Sowohl die Abzugsrechte der Gemeinden wie diejenigen des Staates sind aufgehoben. Die bei *Ullmer*, II, Nr. 693, ewähnte Beschwerde war unbegründet, nicht weil die Abgabe von Einheimischen wie von Fremden bezogen wurde, sondern weil sie keine Abzugsgebühr war (vgl. *Ullmer*, I, Nr. 609).

Der Vorbehalt des Gegenrechts hat die Bedeutung, dass die Abzugsrechte gegenüber allen Staaten abgeschafft sind, die entweder solche Abgaben nicht kennen, oder sie im Falle der Nichterhebung durch den andern Staat ebenfalls nicht erheben.

Art. 64.

Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu:

über die persönliche Handlungsfähigkeit;

über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts);

über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst;

über den Schutz neuer Muster und Modelle, sowie solcher Erfindungen, welche gewerblich verwertbar sind;

über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.

Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den übrigen Gebieten des Zivilrechts befugt.

Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben, wie bisanhin, den Kantonen.

I. Geschichte[1].

Die Vereinheitlichung des in zahllosen geschriebenen und ungeschriebenen Rechtsquellen zerstreuten Zivilrechts lag schon im Programm der *Helvetischen Republik;* die gesetzgebenden Räte brachten aber teils aus eigener Unfähigkeit, teils durch die Ungunst äusserer Umstände das Werk nicht zu stande[2]. Dagegen wurde am 4. Mai 1799 ein peinliches Gesetzbuch der Helvetischen Republik angenommen, das eine beinahe wörtliche Übersetzung des französischen code pénal von 1791 war, nachher aber mehrfach abgeändert wurde[3].

Mediationsverfassung und *Bundesvertrag* erwähnten eine ähnliche Kompetenz des Bundes nicht einmal, und auch der Entwurf von 1832 überging sie mit Stillschweigen.

In der Tagsatzung von *1848* beantragte *Solothurn,* die Gesetzgebung über Verbrechen und deren Bestrafung, sowie über das Verfahren in Kriminalsachen dem Bunde zu übertragen, dagegen die Beurteilung der Straffälle durch Schwurgerichte und Assisenhöfe den Kantonen zu lassen, mit dem B. Ger. als Kassationsbehörde; ein Bundesgesetz sollte die Organisation der erwähnten Gerichte bestimmen. Im Anschluss hieran beantragte *Bern* die Vereinheitlichung der Handelsgesetzgebung und Einführung der Appellation in Zivilprozessen wichtiger Art an das B. Ger. *Freiburg* erklärte sich damit einverstanden, dass dem B. Ger. die Befugnis erteilt werde, über Rechtsverweigerung in Zivilsachen, über Kompetenzkonflikte zwischen den höchsten Behörden eines Kantons und als Kassations- oder Appellationshof über Zivilstreitigkeiten grosser Bedeutung zu urteilen. Die Tagsatzung trat aber auf diese Vorschläge nicht ein[4].

---

[1]) Botschaft des B. R. vom 28. Nov. 1896 betr. die Revision der B. V. zur Einführung der Rechtseinheit, B. Bl. 1896, IV, 733. Botschaft des B. R. vom 27. Nov. 1879 zu einem Gesetzesentwurf, enthaltend Schweizerisches Obligationen- und Handelsrecht, B. Bl. 1880, I, 149. Botschaft vom 6. April 1886 zum Entwurf eines Betreibungsgesetzes, B. Bl. 1886, II, 1. Botschaft vom 9. Dez. 1881 betr. den Gesetzesentwurf über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst, B. Bl. 1881, IV, 645. *Schneider* und *Fick*, Kommentar des O. R., Vorwort. *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, 1890, S. 316, 544. *Schnell,* Geschichtliche Bemerkungen über schweizerische Rechtseinheit, Zeitschr. 1873, XVIII, 3. *Munzinger,* Studie über Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, 1871, S. 6 ff.

[2]) *Öchsli,* 197 ff.

[3]) *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, S. 142; *Hilty,* Vorlesungen über die Helvetik, 232, 237.

[4]) Absch. 1847, IV, 71, 143 ff.

Bei der *Partialrevision von 1865* wurde u. a. auch ein neuer Artikel von der B. Vers. angenommnn und dem Volke vorgelegt, welcher den Bund ermächtigte, «gesetzliche Bestimmungen zum Schutze des schriftstellerischen, künstlerischen und industriellen Eigentums zu erlassen». Er wurde aber in der Abstimmung mit 177,386 gegen 139,062 Stimmen und 12½ gegen 9½ Standesstimmen verworfen (B. Bl. 1866, I, 121).

Auf Grund eines von *Burckhardt-Fürstenberger* ausgearbeiteten, etwas modifizierten Entwurfs, der nur wenig vom deutschen *Wechselrecht* abwich, führten 6 Kantone in den Jahren 1857—1863 inhaltlich übereinstimmende Wechselgesetze ein (Aargau, Solothurn, Bern, Luzern, Schaffhausen, Baselstadt). — Durch einen Beschluss des N. R. vom 30. Januar 1862 dazu aufgefordert, liess der B. R. durch Prof. *Munzinger* den Entwurf zu einem *Handelsgesetzbuch* ausarbeiten, der durch die Kantone auf dem Wege des Konkordates Gesetzeskraft erlangen sollte. Nachdem die Revision von 1866 gescheitert, berief der B. R. den 13. Dez. 1866 eine Konferenz von Vertretern aller Kantone nach Bern ein, an der nur ein Kanton nicht teilnahm; die Mehrzahl der Kantone sprach sich aber in einer zweiten Konferenz vom 4. Juli 1868 für die Ausdehnung des Entwurfs auf das ganze Obligationenrecht aus und zugleich für Ausarbeitung eines Entwurfs über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht. Der B. R. beauftragte mit der ersten Arbeit Prof. *Munzinger*, mit der zweiten Prof. *A. Heusler*. Beide Entwürfe wurden ausgearbeitet und durch Expertenkommissionen beraten; die Verfassungsrevision von 1874 setzte aber den Konkordatsbestrebungen ein Ende.

Endlich hatten 12½ Kantone, zu denen später noch 2½ andere hinzutraten, den 3. Dez. 1856 ein Konkordat über *den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigentums* abgeschlossen (A. S. V, 494); die Bundesgesetzgebung war auf diesem Gebiete noch dringlicher als anderswo, weil die Schweiz sich durch Staatsvertrag vom 30. Juni 1864 Frankreich gegenüber verpflichtet hatte, seine Angehörigen in ihrem Eigentum an Werken der Literatur und Kunst zu schützen, und zwar nach dem geltenden kantonalen, oder mangels solchen, nach französischem Recht (A. S. VIII, 334), und weil durch Staatsvertrag vom 11. Dez. 1862 die belgischen (A. S. VII, 484), durch Vertrag vom 22. Juli 1868 die italienischen Staatsangehörigen (IX, 680), durch Verträge vom 13. Mai 1869 (IX, 919) und 16. Okt. 1869 (X. 126) die Staatsangehörigen des Norddeutschen Bundes, von Bayern, Württemberg, Hessen und Baden die gleichen Vorteile erhielten.

Die *Verhandlungen* der eidg. Räte in den Jahren *1871—1874* haben nur noch historisches Interesse, da sie durch die Revision von 1896 überholt worden sind; es genügt daher, die wichtigsten Beschlüsse anzuführen.

Der B. R. beantragte in seinem Entwurf vom 17. Juni 1870 folgende Bestimmungen:

Art. 59 *a*. «Es sollen durch Bundesgesetze für die ganze Schweiz einheitlich geordnet werden: 1. Die Rechtsverhältnisse des Transportes und der Spedition von Personen und Waren. 2. Die Vorschriften über Bestimmung der Gewähr der Viehhauptmängel. 3. Die Bestimmungen über den Schutz des schriftstellerischen und künstlerischen Eigentums.»

59 *b*. «Die Bundesgesetzgebung kann weiter ausgedehnt werden auf das Gebiet des Obligationen- und Konkursrechtes, sowie auf die einheitliche Normierung des Schuldbetreibungsverfahrens.»

Schon die N. R. K. wollte aber dem Bund die Kompetenz erteilen zur Gesetzgebung über das Zivilrecht, das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht, das Strafrecht und den Prozess [1].

Der Beschluss der eidg. Räte lautete:

Art. 55. «Die Gesetzgebung über das Zivilrecht, mit Inbegriff des Verfahrens, ist Bundessache; jedoch bleibt, bis zum Erlass bezüglicher Bundesgesetze, das Gesetzgebungsrecht der Kantone vorbehalten. — Der Bund ist überdies befugt, seine Gesetzgebung auch auf das Strafrecht und den Prozess auszudehnen. Dabei kann jedoch das Institut der Schwurgerichte (Jury) in denjenigen Kantonen, in welchen dasselbe bereits besteht, durch die Bundesgesetzgebung nicht abgeschafft werden. — Die Rechtsprechung selbst verbleibt den Kantonen, mit Vorbehalt der dem Bundesgerichte eingeräumten Kompetenzen [2].»

Die Verwerfung der revidierten Verfassung wurde zum guten Teil dieser vollständigen Vereinheitlichung des Rechts zugeschrieben. Der B. R. trug diesem Umstande Rechnung, indem er die Bestimmung mehr der Form als dem Inhalt nach abschwächte: «Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu: Über die persönliche Handlungsfähigkeit, das Obligationenrecht, das Handels- und Wechselrecht, das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht. — Nach Erlassung dieser Gesetze kann im Falle des Bedürfnisses die Gesetzgebung auch auf die übrigen Teile des Zivilrechts, sowie auf das Strafrecht und den Strafprozess ausgedehnt werden.» — Letzter Absatz wie 1872!

Die B. Vers. schränkte dagegen auch den Inhalt der Bestimmung wesentlich ein, indem sie sagte:

«Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu:
über die persönliche Handlungsfähigkeit;
über alle auf den Handel . . . . ., wie heute!
über das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst;
über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht.

«Die Rechtsprechung . . . . .», wie 1872!

Im N. R. stellte *Dubs* zu Art. 65 den Antrag, der in 1. Beratung angenommen, später aber wieder gestrichen wurde: «Der Bund ist befugt, gemeinschaftliche Korrektionsanstalten für jugendliche Gefangene zu errichten [3].»

Auf Grund dieser Bestimmung erliess der Bund das Gesetz betr. den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken vom 19. Dez. 1879 (A. S. V, 35), wobei ihm die Kompetenz bestritten wurde, namentlich Strafbestimmungen zu erlassen. Vgl. Botschaft des B. R. vom 31. Okt. 1879 (B. Bl. 1879, III, 717).

Dagegen glaubte der B. R. mit Recht, das vom N. R. mit Postulat vom 14. März 1877 angeregte Gesetz über den Patentschutz der Erfindungen nicht ohne Revision des Art. 64 B. V. vorschlagen zu können, da die Art. 64 oder 31 dem Bund diese Befugnis nicht geben, und Art. 2 keine besondere Kompetenz begründe. Vgl. Botschaft des B. R. vom 8. Febr. 1881 (B. Bl. 1881, I, 285); eine geschichtliche Darstellung auf

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 31, 41, 147 ff., 226, 229.
[2]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 59, 312—346, 556, 579, 589, 591, 605—609.
[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 165, 182, 190, 202; 346 ff.; vgl. 166, 269. Vgl. den Bericht von St. R. *Blumer* auf S. 351 ff.
[4]) *Blumer-Morel*, I, 197.

S. 301—307 *). Durch B. B. vom 28. Juni 1881 wurde der B. R. nun beauftragt, Vorschläge zur Revision der B. V. zu machen, und mit Botschaft vom 26. November 1881 (B. Bl. 1881, IV, 269) beantragte er folgenden Art. 64 bis: «Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu über den Schutz der Erfindungen auf dem Gebiete der Industrie und Landwirtschaft, sowie über den Schutz der Muster und Modelle.» Die B. Vers. nahm den Artikel unverändert an (B. Bl. 1882, III, 513); er wurde aber in der Abstimmung vom 30. Juli 1882 mit 156,658 gegen 141,616 Stimmen und 14½ Standesstimmen gegen 7½ verworfen (B. Bl. 1882, IV, 261). Einer Aufforderung des N. R. nachkommend, erneuerte der B. R. mit Botschaft vom 1. Juni 1886 seinen Antrag, ergänzt durch die Worte: «auf dem Gebiete der Industrie, der Landwirtschaft *und der Gewerbe*», als Zusatz zu Art. 64 B. V. (B. Bl. 1886, II, 517). Die B. Vers. gab ihm am 28. April 1887 diejenige Fassung, in welcher er am 10. Juli 1887 mit 203,506 gegen 57,862 Stimmen und 18⁵/₂ gegen 1½ Standesstimmen angenommen wurde (B. Bl. 1887, II, 572, 213, 377), nämlich: «über den Schutz neuer Muster und Modelle, sowie solcher Erfindungen, welche durch Modelle dargestellt und gewerblich verwertbar sind.» Neulich nun hat der B. R. der B. Vers. beantragt, die Worte: «welche *durch ein Modell dargestellt und .....*» zu streichen: Botschaft vom 13. Nov. 1903 (B. Bl. 1903, V, 1). Die B. Vers. nahm diesen Antrag durch B. B. vom 22. Dez. 1904 an (St. B. XIV, 455—468, 615—629) und das Volk bestätigte ihn am 19. März 1905 mit 199,187 gegen 83,935 Stimmen und 19⁵/₂ gegen ½ Standesstimmen.

Die Vereinheitlichung des gesamten Zivil- und Strafrechts beantragte der B. R. mit Botschaft vom 28. Nov. 1896 (B. Bl. 1896, IV, 733) in die Gesetzgebungskompetenz des Bundes zu stellen durch Abänderung des Art. 64 und Hinzufügung eines Art. 64 bis. Bei Art. 64 B. V. wollte der B. R. lediglich den zweiten Absatz einschieben: «Der Bund ist zur Gesetzgebung auch in den anderen Gebieten des Zivilrechtes befugt.» Die eidg. Räte änderten aber auch den letzten Absatz. Es wurde sehr weitläufig über den Grundsatz der Vereinheitlichung gesprochen; wenig über die genaue Bedeutung der neuen Bestimmung. Im St. R. bemerkte Bundesrat *Müller*, wie das O. R. bereits einige Bestimmungen prozessualischer Natur enthalte, wie Fristansetzungen, Ordnung des Amortisationsverfahrens, so werde auch im neuen Zivilgesetzbuch eine reinliche Scheidung von materiellem Recht und Prozess nicht durchführbar sein (St. B. VII, S. 67; vgl. Votum *Berthoud*, S. 68). Die gleiche Frage erörternd, bemerkte im N. R. der Berichterstatter der Komm., *Kurz*, das zukünftige Zivilgesetz müsse auch das Grundbuch einführen können, und zwar nicht nur prinzipiell, sondern mit allen Bestimmungen, «welche mit der Führung des Grundbuchs in Verbindung stehen, welche absolut notwendig sind, um die Grundbuchführung zu ordnen». Ähnlich *Rossel*, während es *Forrer* zulässig erklärte, prozessualische Bestimmungen aufzunehmen, wo es *zweckmässig* erscheine (St. B. VIII, 234).

Der vom B. R. beantragte Art. 64 bis unterschied sich dadurch vom heute geltenden, dass Abs. 2 lautete: «Die Rechtsprechung selbst verbleibt den Kantonen, mit Vorbehalt der dem B. Ger. eingeräumten Kompetenzen,» und der 2. Satz des 3. Absatzes: «.... zum Schutze *gefährdeter und* verwahrloster Kinder ....» Das Wort «gefährdet» wurde als überflüssig weggelassen (St. B. VIII, 237—238, 334). Aus der Beratung des St. R. ist hervorzuheben die Ablehnung des Antrages, am Anfang

des 3. Abs. zu sagen: «Der Bund *wird* ..... Beiträge gewähren.» Allseitig war man einverstanden, dass der Bund die Beiträge an Bedingungen zweckmässiger Verwendung knüpfen könne (St. B. VIII, 238—240, 244).

Die neuen Art. 64 und 64 bis B. V. wurden in zwei verschiedenen B. B., beide vom 30. Juni 1898, getrennt der Abstimmung des Volkes und der Stände unterbreitet und am 13. Nov. 1898 angenommen; Art. 64 mit 264,914 gegen 101,762 Stimmen und 15½ gegen 4½ Standesstimmen; Art. 64 bis mit 266,610 gegen 102,780 Stimmen und 15½ gegen 4½ Standesstimmen (A. S. XVI, 855, 888).

II. Auslegung.

Art. 64 verleiht dem Bund die Gesetzgebungskompetenz einerseits auf dem Gebiete des Zivilrechts, anderseits über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht. Es ist daher das Zivilrecht von den kantonalrechtlich gebliebenen Gebieten, namentlich dem öffentlichen Recht und den besonders vorbehaltenen Gebieten der Gerichtsorganisation, des gerichtlichen Verfahrens und der Rechtsprechung zu unterscheiden; sodann ist das Betreibungs- und Konkursrecht im Gegensatz zu den kantonal verbliebenen Rechtsmaterien kurz zu charakterisieren.

A. Das Zivilrecht.

1. Die Grenzen des Zivilrechts[1]. Wenn man den Unterschied zwischen Zivil- oder Privatrecht und öffentlichem Recht mit einem rein formalen Merkmal, ohne Rücksicht auf den Inhalt der Rechtssätze, definieren will, so liegt er in der zwingenden Natur des öffentlichen Rechts, während als Privatrecht das dispositive Recht bezeichnet würde. Man zieht damit in den Bereich des öffentlichen Rechts alle zwingenden Rechtssätze des Zivilrechts, und es besteht in der Tat zwischen diesen Sätzen und denjenigen des öffentlichen Rechts i. e. S. eine innere Verwandtschaft, indem sie beide aus Gründen des öffentlichen Interesses der Privatwillkür entrückt und als Normen absoluter Geltung hingestellt werden. Dieser Art sind namentlich die Rechtssätze, welche die Grenzen der gewillkürten Vereinbarung unter Privatpersonen aufstellen und innerhalb dieser Grenzen rechtsgeschäftlich verbundenen Parteien gewisse unverzichtbare Rechte oder unerlassbare Pflichten begründen. Z. B. die Grundsätze über erlaubte Vertragsgegenstände, über die dem Privatverkehr entzogenen (öffentlichen) Sachen, über Beschränkung der Vertragsfreiheit in bezug auf den Zinsfuss u. a. m. Diese Unterscheidung wollte aber Art. 64 nicht machen; denn einerseits ist es zweifellos, dass der Privatgesetzgeber auch zwingende Rechtssätze innerhalb seines Gebietes muss aufstellen können, und anderseits ist es sehr zweifelhaft, ob es ihm zustehe, das Anwendungsgebiet seiner Rechtssätze überall selbst zu umschreiben, z. B. bezüglich der öffentlichen Sachen, der Zinsbeschränkungen[2], der Beschränkungen der toten Hand.

---

[1] Es handelt sich hier nicht darum, die theoretische Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht durchzuführen, worüber unten bei Art. *110*, sondern ein brauchbares Merkmal zur Begrenzung der Gesetzgebungskompetenz des Art. 64 zu finden.

[2] *Huber*, Privatrecht, III, 668.

Ein anderes Unterscheidungsmerkmal grenzt ab zwischen denjenigen Rechtssätzen, welche die Rechtsverhältnisse der Einzelnen unter sich normieren, und denjenigen, welche die Rechtsverhältnisse der Einzelnen zum Staate als solchem, mit Inbegriff der untergeordneten öffentlichrechtlichen Verbände, und der staatlichen Organe unter sich ordnen[1]. Auch diese Rechtssätze sind zwingender Natur; sie unterscheiden sich aber von den oben erwähnten dadurch, dass sie von Amtes wegen angewendet werden, eben weil sie ein Rechtsverhältnis zum Staate begründen.

Diesen Gegensatz hat wohl Art. 64 B. V. gemeint, indem er von Zivilrecht sprach[2]; er wollte ihn aber nicht rücksichtslos nach theoretischen Begriffen durchgeführt wissen, und zwar aus zwei Gründen: erstens weil hergebrachter Rechtsübung gemäss gewisse öffentlichrechtliche Materien im Zivilgesetze behandelt werden, z. B. Erwerb und Verlust des Bürgerrechts aus familienrechtlichen Gründen, Organisation der Vormundschaftsbehörden; zweitens weil eine Privatrechtsordnung stets ergänzender öffentlichrechtlicher Rechtssätze bedarf, um brauchbare und zweckdienliche Institute zu schaffen. Botschaft zum Zivilgesetzentwurf, S. 11.

Es ist hier nicht möglich, alle Berührungspunkte zwischen Zivilrecht und öffentlichem Recht zu durchgehen. Ein kurzer Überblick über einige der Hauptfragen mag genügen; zuerst seien diejenigen Forderungen erwähnt, die das Zivilrecht an das öffentliche Recht, sodann diejenigen, die es an das Prozessrecht und die Gerichtsorganisation zu stellen veranlasst sein kann.

Die erste Schwierigkeit, die uns bei der Abgrenzung von Privatrecht und öffentlichem Recht entgegentritt, ist die, dass nicht nur das Grenzgebiet zwischen positivem bürgerlichem und öffentlichem Recht unbestimmt ist, sondern auch der Stoff möglicher zivilrechtlicher Gesetzgebung selbst. Das gleiche Interesse kann nämlich oft durch privatrechtliche wie durch öffentlichrechtliche Normen geschützt werden; der Schutz des Namens, der Firma, der Persönlichkeit, des Eigentums, des Besitzes kann durch polizeiliche Vorschriften wie durch zivilrechtliche Verbote bewirkt werden; ähnliches gilt für die Pflicht des Eigentümers, an Bodenverbesserungen, Quellenfassungen u. dgl. beizutragen, für das Bergrecht, das Wasserrecht, das Enteignungsrecht u. a. m. Wenn es auch befremdlich erscheinen mag, dass der Bund mit der Kompetenz zur Zivilgesetzgebung zugleich die Kompetenz zur Begrenzung seines Stoffes erhalten habe, so ist es doch so; der Privatgesetzgeber muss darüber entscheiden können, was sich nach dem Bedürfnis der Zeit zur *privatrechtlichen* Regelung eignet, was nicht; die im kantonalen Recht bestehende Grenze kann schon deshalb nicht massgebend sein, weil sie nicht überall die gleiche ist. Die Frage stellt sich übrigens nur in einer beschränkten Zahl von Fällen. Der Bundesgesetzgeber kann also alle diejenigen Verhältnisse regeln, die er der zivilrechtlichen Regelung zugänglich erachtet; erachtet er aber den polizeilichen Rechts-

---

[1]) Vgl. in diesem Sinne Art. 64 und 349 O. R.

[2]) Ähnlich definiert *Holliger*, Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen Recht und dem Privatrecht, Diss., Zürich, 1904, S. 88: „Ein öffentlicher Rechtssatz ist derjenige, der ein Rechtsverhältnis regelt, in dem notwendig ein öffentlicher Verband als Subjekt steht." Vgl. S. 69.

schutz als vorteilhafter, so ist nicht er kompetent, sondern der kantonale Gesetzgeber. Die von Amtes wegen kontrollierte Eintragungspflicht ins Handelsregister, O. R. 865, Abs. 4 ff., ist eine rein gewerbepolizeiliche; ebenso die Vorschriften über Führung von Geschäftsbüchern, Art. 877 ff. Die Bestimmungen des Markengesetzes über Herkunftsbezeichnungen und gewerbliche Auszeichnungen, Art. 18—23, sind gleicher Art; die einzige zivilrechtliche Bestimmung dabei ist die Legitimation jedes Konkurrenten zur Schadenersatzklage, Art. 27.

Vorausgesetzt nun, der dem Zivilrecht zufallende Stoff sei abgesondert, so ist es zunächst unbestreitbar, dass, wenn der Zivilgesetzgeber zur Begründung und Ausgestaltung der Privatrechte, wie er sie haben will, rechtspolizeilicher Einrichtungen bedarf, er sie entweder von den Kantonen fordern oder selbst schaffen darf[1]. Das O. R. hat als Form der Begründung verschiedener Rechtsverhältnisse das Handelsregister geschaffen, das B. Ges. vom 23. April 1883 das Register für nachgelassene Werke der Literatur und Kunst, das B. Ges. vom 29. Juni 1888 die Patenterteilung für Erfindungen und das Patentregister, dasjenige vom 30. März die Hinterlegung der Muster und Modelle, das Gesetz vom 26. Sept. 1890 das Markenregister. Der Entwurf eines schweiz. Zivilgesetzbuches vom 28. Mai 1904 sieht, verbunden mit dem Handelsregister, ein Register der Stiftungen (Art. 90) und ein Ehegutsregister (Art. 205), ein Pfandprotokoll für Pfandverschreibungen (Art. 892) und das Grundbuch (Art. 980—1015) vor.

Der Bund konnte diese Einrichtungen mit den dazu notwendigen Behörden selbst ins Leben rufen, wie er auf dem neuen Gebiete des geistigen Eigentums getan, oder, das Bestehende benutzend, kantonale Behörden mit diesen Funktionen betrauen; in diesem Fall war er auch befugt, die Aufsicht über diese Behörden und ihre Verantwortlichkeit einheitlich zu regeln.

Ist diese Benutzung kantonaler Behörden zur Ausführung von Bundesgesetzen zulässig, wie es in der Schweiz Übung ist, so ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Kantone auch für die Amtsführung der Beamten verantwortlich erklärt werden, die sie ernennen und disziplinarisch beaufsichtigen; vgl. Art. 6 des Betreibungsgesetzes; Art. 436, 437 des Zivilgesetzentwurfs betr. Verantwortlichkeit der vormundschaftlichen Organe. Der Zivilgesetzentwurf geht noch einen Schritt weiter, indem er (Art. 835) die Kantone dafür haftbar erklärt, dass den Gültforderungen der Wert zukomme, auf den sie lauten, wobei sie sich nur durch den Nachweis befreien können, dass bei der Errichtung der Gült die Schatzung mit aller erforderlichen Sorgfalt vorgenommen worden sei; ferner, indem er (Art. 994) die Kantone für allen Schaden verantwortlich macht, der in der Führung des Grundbuches von den Beamten und Angestellten der Grundbuchverwaltung oder den Organen der unmittelbaren Aufsicht «verursacht» wird[2].

---

[1]) *Holliger*, Inwieweit darf der Bundesgesetzgeber im schweiz. Zivilgesetzbuch öffentlichrechtliche Normen aufstellen? Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, V, 1904, S. 85: Art. 64 wolle nicht Privat*rechtssätze Rechtssätzen* des öffentlichen Rechtes entgegenstellen, sondern Zivilrechtsmaterien den öffentlichrechtlichen Materien. „Die Materie ist dann zivilrechtlich, wenn sie ein Rechtsverhältnis betrifft, das durch zivilrechtliche Rechtssätze konstituiert, ins Leben gerufen wurde und wobei die öffentlichrechtlichen Sätze .... nur eine accessorische Rolle spielen."

[2]) Es kann bezweifelt werden, ob der Bund das billige Mass nicht überschreitet, indem er den Kantonen gewissermassen das ganze Betriebsrisiko bundesrechtlicher Ein-

Der Bund nimmt kantonale Behörden des öftern in Anspruch zu amtlicher Mitwirkung bei Errichtung von Urkunden oder Eingehung von Rechtsgeschäften zivilrechtlicher Natur, z. B. bei Errichtung von Testamenten, bei Kindesannahme, bei Errichtung von Gülten etc. etc.; auch dies ist eine durch die schweizerischen Verhältnisse gebotene Regelung.

Etwas anderes ist es, wenn der Bund nicht bloss diejenigen öffentlichrechtlichen Einrichtungen schafft, die zur privatrechtlichen Gültigkeit von Rechtsgeschäften erforderlich sind, sondern weitere polizeiliche Vorschriften erlässt, welche der von ihm ins Leben gerufenen privatrechtlichen Institution die Bedingungen einer für die Gesellschaft erspriesslichen Leistung sichern sollen; wenn er z. B. die Bedingungen aufstellt, unter denen ein Bankinstitut Pfandbriefe ausgeben, unter denen eine Pfandleihanstalt betrieben werden darf. Dies sind gewerbepolizeiliche Vorschriften; der Zivilgesetzgeber muss sie aber zur Ergänzung seiner Vorschriften fordern, wenn er mit seinem zivilrechtlichen Institut nicht ein für die Gesellschaft gefährliches Mittel der Täuschung und Übervorteilung schaffen will. Ohne solche schützende Bedingungen wird er die gefährliche rechtsgeschäftliche Form nicht bilden wollen; umgekehrt aber setzt die gewerbepolizeiliche Regelung des gewerbsmässigen Abschlusses solcher Geschäfte das privatrechtliche Institut in bestimmter Gestalt voraus; ist es nicht möglich, Pfandbriefe mit rechtlicher Gültigkeit zu errichten, so hat es keinen Sinn, die Ausgabe von Pfandbriefen gewerbepolizeilich zu regeln. Die beiden Gebiete, davon eines eidgenössisch, das andere kantonal ist, bedingen sich also gegenseitig und lassen sich in richtiger Weise nicht eines ohne das andere ordnen. Das verfassungsrechtlich korrekte Verhältnis wäre nun, dass der Bund das privatrechtliche Institut, die Kantone die Bedingungen seiner gewerbsmässigen Anwendung schaffen würden; wenn beide ihrer Aufgabe genügen würden, könnte der Bund mit der Gestaltung seines Gebildes vorangehen im Vertrauen darauf, dass die Kantone die polizeilichen Kautelen gegen seinen Missbrauch ihrerseits schaffen werden. Die Kleinheit und Unvollkommenheit unserer kantonalen Einrichtungen gestatten nun aber dem Bundesgesetzgeber nicht, ein solch ideales Vertrauen zu hegen, und entschuldigen wenigstens, dass er mit dem privatrechtlichen Institut auch die Grundzüge der polizeilichen Regelung bestimmt. In diesem Sinn hat der Zivilgesetzentwurf das Pfandleihgewerbe (Art. 896—899) und die Ausgabe von Pfandbriefen (910) geregelt; vgl. betr. Fahrnisverschreibung, Art. 890, Abs. 2, und die Aufsicht über die Auslosung von Serientiteln, Art. 868; ferner die amtliche Aufsicht über Stiftungen, Art. 93, 94, und über Heimstätten, Art. 363, 364.

Die umgekehrte Beziehung zwischen öffentlichem und bürgerlichem Recht liegt vor, wenn das privatrechtliche Verhältnis erst durch einen hoheitlichen Akt, eine obrigkeitliche Verleihung begründet wird, wie es bei der Verleihung von Wasserrechten und Bergrechten der Fall ist.

---

richtungen überbürdet; bleibt den Kantonen die Pflicht zur Ausführung durch ihre Organe, so müssen sie wohl auch für die fehlerhafte Ausführung haften, auch abgesehen vom subjektiven Verschulden ihrer Beamten; ein Teil des entstehenden Schadens ist aber doch auch der Institution, wie sie vom Gesetz geschaffen wurde, zuzuschreiben. Die Verfassungsmässigkeit jener Bestimmung bestreitet *Wieland*, Zur Vereinheitlichung des Grundpfandrechtes, Zeitschrift, 1903, XXII, 182 ff.

Wenn auch die aus der Verleihung fliessenden Rechte als privatrechtliche zu betrachteu wären, so ist doch das Recht der Verleihung selbst ein staatliches Hoheitsrecht, das den Kantonen zusteht. Bestimmt nun der Zivilgesetzgeber den Inhalt der Verleihung, so schränkt er auch die verleihende Behörde in der Freiheit der Verleihung ein; das eine ist vom andern nicht zu trennen; wenn den Kantonen die Verleihungshoheit gewahrt werden will, so darf der Inhalt der Konzession nicht bundesrechtlich bestimmt werden. Ähnliches ist vom Bergrecht zu sagen. Es wäre daher richtiger, diese beiden Materien dem kantonalen Recht zu überlassen, wenn auch unverkennbar gewichtige praktische Erwägungen, wie der Zusammenhang mit dem Grundbuch und die Notwendigkeit einheitlicher Regelung, für das Vorgehen des Zivilgesetzentwurfs sprechen (vgl. Erläuterungen 335, 345; Botschaft S. 88, 91). Über den Rahmen bundesrechtlicher Kompetenz hinaus gehen besonders die Art. 933 und 934, welche dem Bund, sogar vor dem Kanton, ein Vorrecht auf Benutzung der Wasserkräfte öffentlicher Gewässer verleihen; die Botschaft S. 12, 89 begründet es damit, dass ja der Bund auch das Expropriationsrecht geltend machen könnte, falls er die Wasserkräfte für seine Zwecke brauchte; diese Annahme ist m. E. unrichtig, gerade weil es sich nicht um ein Privatrecht, sondern um ein öffentliches Hoheitsrecht an den Gewässern handelt, das verfassungsrechtlich den Kantonen zusteht. Diese Zurücksetzung des Bundes mag bedauerlich erscheinen, im Wege der Bundesgesetzgebung ist sie aber nicht zu ändern[1]).

Das *Enteignungsrecht,* das theoretisch wohl dem Privatrecht zugeteilt werden kann, wird doch von der B. V. als Bestandteil des Verwaltungsrechts betrachtet; vgl. Art. 23 und 64 B. V. Die B. Vers. konnte daher aus Art. 64 die Kompetenz nicht ableiten, das Expropriationsverfahren bei Erstellung elektrischer Anlagen zu regeln, wie es im B. Ges. vom 24. Juni 1902 (A. S. XIX, 259) Art. 42—54 geschehen (St. B. IX, 1900, S. 580).

2. Im Gegensatz zum materiellen Zivilrecht ist den Kantonen **die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung** vorbehalten.

Die den Kantonen vorbehaltene Gerichtsbarkeit ist die *streitige;* wie streitige Ansprüche festzustellen sind, bestimmt das kantonale Recht. Wenn das Zivilrecht der Mitwirkung der Behörden bedarf zur Begründung eines neuen unbestrittenen Rechtszustandes, so kann es auch das einzuhaltende Verfahren vorschreiben und die zuständige Behörde bezeichnen. Auch wenn der Richter zuständig erklärt wird, ist das Verfahren nicht ein gerichtliches i. S. von Art. 64 B. V. Es wird daher niemand an der Kompetenz des Bundes zweifeln, das Verfahren der Verschollenheitserklärung (Zivilgesetzentwurf Art. 37), der Ehelicherklärung durch die Behörde (Richter: Entwurf 270 ff.), der Entziehung und Wiederherstellung der elterlichen Gewalt, unter Vorbehalt richterlicher Klage (E. 296, 299, 294), die behördliche Tätigkeit beim Erbgang,

---

[1]) Vgl. die Verhandlungen des N. R. über die Motion *Müri,* betr. die Wahrung der öffentlichen Interessen bei Nutzbarmachung der Wasserkräfte. St. B. XIV, 1. Votum von B. R. *Ruchet,* S. 17. Die Motion wurde am 5. April 1904 erheblich erklärt.

wie Anordnung von Sicherungsmassregeln, öffentliches Inventar, amtliche Liquidation und Teilung der Erbschaft (E. 552, 578, 591, 608), die Organisation der Vormundschaftsbehörden und das Verfahren zur Bestellung und Aufhebung des Vormundes, Beaufsichtigung seiner Amtsführung (E. 382, 388, 406, 441, 450, wobei auch einige Prozessregeln über die gerichtliche Anfechtung der Entmündigung aufgestellt werden, 383—385), das Verfahren bei Funden (706), das amtliche Inventar bei Nutzniessung (754), die Schatzung der Grundstücke bei Errichtung von Gülten (830) und endlich das Verfahren behufs Amortisation von Schuldscheinen (O. R. 105), Wechseln, Ordre- und Inhaberpapieren (O. R. 791, 836, 849, 901) zu regeln (vgl. betr. Schuldbrief und Gült, Zivilgesetzentwurf 856 ff.); wenn die Urkunde blosse Beweisurkunde ist, so hängt das Verfahren allerdings eng mit dem Beweisrecht der streitigen Gerichtsbarkeit zusammen. Der Bundesgesetzgeber wird auch hier keine selbständige Behördenorganisation schaffen, sondern sich der bestehenden kantonalen Behörden bedienen, und überdies manche Einzelheit des Verfahren der kantonalen Regelung überlassen.

Die streitige Gerichtsbarkeit dagegen verbleibt den Kantonen; die Grenzlinie, die sie vom materiellen Zivilrecht trennt, ist sowohl in der Theorie, wie nach der Absicht der B. V. und dem positiven Recht eine mehrfach verschlungene. Wie gegenüber dem öffentlichen Recht postuliert das materielle Zivilrecht, wenn es nicht in seiner Wirkung gelähmt sein soll, häufig eine so oder anders geartete Gerichtsorganisation oder ein bestimmtes Verfahren: die Bestimmungen über die Form der Vertragsschliessung sind ohne entsprechende Möglichkeit, den Vertrag zu beweisen, wertlos; das Wechselrecht ohne beschleunigtes Verfahren, der Haftpflichtanspruch des Arbeiters, wenn er nicht leicht realisierbar ist, verlieren ihren Nutzen u. a. m. Der Zweck, den sich der Zivilgesetzgeber gesetzt, kann oft durch Zivilrechtssätze allein nicht erreicht werden und fordert gebieterisch Ergänzung durch ein auf das gleiche Ziel gerichtetes Prozessrecht. Der Gedankengang führt folgerichtig auf die vollständige Durchführung der einmal begonnenen Vereinheitlichung des Rechts, denn die verschiedenen Teile der Rechtsordnung hängen innerlich zusammen. Da aber das Verfassungsrecht die Trennung vorschreibt, muss ein Ausweg gefunden werden.

Ein erstes Grenzgebiet ist das *Beweisrecht*. Die Frage, wer zu beweisen hat und wie der Beweis zu leisten, ist für die Anhebung und den Ausgang eines Rechtsstreites von solcher Bedeutung, dass die materiellrechtliche Regelung des Verhältnisses allein blosses Stückwerk ist. Die Zivilgesetze des Bundes regeln denn auch die Beweislast überall, wo sie es für notwendig finden; vgl. z. B. im O. R. die Art. 61, 62, 65, 72, 110, 118, 124, 125, 220, 238, 239, 267, 268, 318, 400, 456, 457, 470, 476, 477, 486, 488; der Zivilgesetzentwurf stellt in Art. 10 die allgemeine Regel auf, dass, wo das Gesetz nicht anders bestimmt, derjenige die Richtigkeit einer behaupteten Sachlage zu beweisen hat, der aus dieser Sachlage Rechte ableitet. Vgl. ferner Art. 34, 200, 321, 484; auch in anderen eidg. Zivilgesetzen ist die Beweislast geordnet, namentlich in den Haftpflichtgesetzen und in dem Gesetz betr. den Transport auf Eisenbahnen, vom 29. März 1893.

Tiefer in das Prozessrecht greift die Frage ein, wie der Beweis zu leisten sei. Das O. R. hat den Grundsatz als Regel aufgestellt, dass die

Verträge zu ihrer Gültigkeit keiner besonderen Form bedürfen; es hat aber die Beweisregel der welschen Kantonsrechte, ebenfalls in den Zivilgesetzbüchern enthalten, bestehen lassen, dass Forderungen über einen bestimmten Betrag hinaus nur schriftlich bewiesen werden können[1]). Wo dagegen das O. R. selbst eine bestimmte Form vorschreibt, muss die Existenz des Vertrages auch in dieser Form bewiesen werden können. Ist aber der Zivilgesetzgeber kompetent, vorzuschreiben, welcher Form ein Rechtsgeschäft bedarf, um gültig zu sein, so hat es keinen Sinn dem Prozessgesetzgeber zu gestatten, einem solchen Rechtsgeschäft im Wege des Beweisrechts den gerichtlichen Schutz zu versagen.

Der Zivilgesetzentwurf schliesst die Anwendung jener Beweisregel des französischen Rechts auf diejenigen Rechtsverhältnisse aus, die in einem Kanton nach Bundesrecht gültig begründet worden sind, vor dessen Gerichten sie ohne weiteres beweisbar wären, sofern nicht alle Beteiligten im Zeitpunkt der Entstehung ihren Gerichtsstand im Kanton mit strenger Beweisform haben. Noch besser wäre die einheitliche Ordnung dieser Beweisregel (Botschaft zum Zivilgesetzentwurf, S. 15).

Der Zivilgesetzentwurf geht auch darin über das geltende Recht hinaus, dass er die Beweiskraft der *öffentlichen Urkunde* regelt (Art. 11). Da der Entwurf selber zur Gültigkeit verschiedener Rechtsgeschäfte diese Form vorschreibt, ist es nur konsequent, dass er ihre Beweiskraft auch einheitlich normiere. Ähnlich bestimmt Art. 34, dass der Beweis für die Geburt oder den Tod einer Person mangels Zivilstandsurkunden auch mit anderen Mitteln erbracht werden kann.

Dem Beweisrecht gehört auch die Bestimmung über die materielle Rechtskraft der *Zivilurteile* (Art. 61 B. V.) an, während Art. 59 O. R. mit der Vorschrift, dass Strafurteile für den Zivilrichter nicht verbindlich sind, eine materiellrechtliche Regel aufstellt über das Verhältnis von Zivilrecht und Strafrecht.

Mehr scheinbar als wirklich enthalten die Art. 51 und 116 O. R. Beweisregeln, indem sie den Richter verhalten «in Würdigung sowohl der Umstände als der Grösse des Verschuldens» oder «nach freiem Ermessen unter Würdigung der Umstände» die Entschädigung zu bemessen: es soll damit gesagt sein, nach welchen Momenten der Richter die Entschädigung bestimmen soll, nicht aber, wie bestrittene Tatumstände zu beweisen sind. Reines Beweisrecht enthalten dagegen die Art. 11 des B. Ges. betr. Haftpflicht der Eisenbahnen etc. vom 1. Juli 1875, 165 des Zivilgesetzentwurfes betr. das Ehescheidungsverfahren; der enge Zusammenhang mit dem materiellen Haftpflicht- und Ehescheidungsrecht rechtfertigt diese Überschreitung der formellen Schranken des Zivilrechts vollkommen.

An das Prozessrecht grenzen ferner die zivilrechtlichen Institute der Verrechnung und der Verjährung. Die *Verrechnung* gehört dem Zivilrecht oder dem Prozessrecht an, je nachdem sie ein Mittel zur Tilgung einer Schuld ist, oder ein bloss prozessuales Verteidigungsmittel

---

[1]) Vgl. *Hafner*, Kommentar des O. R., Einleitung, S. XIV. *Rossel*, Droit fédéral des obligations, p. 48. Referate von *Zeerleder* u. *Carrard* über das Verhältnis von O. R. und kantonalem Beweisrecht im schweiz. Juristenverein; Zeitschrift, 1883, N. F. II, 480 ff.; Diskussion 609 ff. *[illegible]*, Internationales Privatrecht, S. 296 ff.

zur Abwehr einer Klage (vgl. oben Art. *59* B. V.); nach Art. 138 O. R. ist sie im ersten Sinne aufzufassen. Die *Verjährung* hängt so eng mit der Natur des Anspruchs, mit seiner materiellrechtlichen Ausgestaltung zusammen, dass sie durch das Zivilgesetz selber geregelt werden muss, handle es sich nun um Verjährung des Anspruchs selbst, oder um die Verjährung der Klage. — Es darf auch dem Zivilrecht die Befugnis vindiziert werden, zu bestimmen, welche Ansprüche *zwangsweise vollstreckt* werden können, vgl. Zivilgesetzentwurf Art. 181 betr. Zwangsvollstreckung unter Ehegatten und Art. 362 betr. Zwangsvollstreckung gegen die Heimstätten; über unpfändbare Forderungen vgl. O. R. Art. 521, B. Ges. betr. die Haftpflicht aus Fabrikbetrieb, vom 25. Juni 1881, Art. 7; Art. 92 und 93 des Betreibungsgesetzes.

An die Gerichtsorganisation der Kantone stellen die Bundesgesetze über Fabrik- und Handelsmarken, über Muster und Modelle und über Erfindungen die Forderung, dass für Streitigkeiten dieser Art eine *einzige kantonale Instanz* bestehe.

An das Verfahren stellt das B. Ges. vom 26. April 1887, Art. 6, die Forderung, dass Haftpflichtstreitigkeiten durch einen möglichst *raschen Prozessweg* erledigt werden können, und dass bedürftigen Klägern das *Armenrecht* gewährt werde. Alle diese Forderungen gehen streng genommen über die Kompetenz des Bundes hinaus.

Bei Art. 59 wurden diejenigen Bundesgesetze erwähnt, welche *Gerichtsstandsnormen* enthalten; hier seien noch aus dem Zivilgesetzentwurf erwähnt die Art. 143 (Ungültigkeit der Ehe), 151 (Ehescheidung), 271, 272 (Ehelicherklärung), 320 (Vaterschaftsklage), 336 (Unterstützungspflicht der Geschwister), 539 (Anfechtung letztwilliger Verfügungen).

Wichtiger als die vorstehenden sind die Einschränkungen, welche die kantonalen Prozessgesetze durch die Weiterziehung kantonaler Urteile an das B. Ger. erfahren haben, vgl. Art. *114 ff.* B. V.; indessen sind diese Einschränkungen durch die Worte «wie bisanhin» im letzten Absatz des Art. 64 B. V. gewissermassen legitimiert worden.

3. Das geistige Eigentum. Vor der Revision des Art. 64 von 1898 konnte es fraglich erscheinen, ob der Bundesgesetzgeber ausser den Werken der Literatur und Kunst, den Mustern und Modellen und den Erfindungen noch andere Geistesprodukte unter Rechtsschutz stellen könne, etwa Gebrauchsmuster, oder ob diese Aufzählung nicht limitativ sein sollte; die Frage ist heute im Sinne der unbeschränkten Bundeskompetenz gelöst.

Eine inhaltliche Schranke war aber bis vor kurzem dem Bundesgesetzgeber bezüglich des Erfindungsschutzes mit den Worten gezogen: «Erfindungen, welche *durch Modelle dargestellt und gewerblich verwertbar sind*». Die gewerbliche Verwertbarkeit, wenn sie richtigerweise als Fähigkeit gewerbsmässiger Ausbeutung einer Erfindung aufgefasst wird, wie es die Praxis tut, ist eine notwendige und überall aufgestellte Bedingung des Erfindungsschutzes. Eigentümlich war aber der Schweiz die Beschränkung des Schutzes auf Erfindungen, die durch Modelle dargestellt sind. Es waren damit ausgeschlossen Erfindungen, die durch Modelle nicht darstellbar sind, nämlich solche, die in einem Verfahren bestehen, also hauptsächlich die chemischen Erfindungen und auch gewisse me-

chanische[1]. Dieses Requisit ist mit demjenigen der Deutlichkeit der Patentbeschreibung nicht zu verwechseln, wie es das b. ger. Urteil vom 2. Mai 1903 i. S. Schweiz. Nähmaschinenfabrik, XXIX, 348, tut; denn alle Erfindungen sollen deutlich dargestellt sein.

Das B. Ger. hat dagegen richtig mit Urteil vom 4. Juni 1897 i. S. Maschinenbaugesellschaft Basel, XXIII, 910, entschieden, ein Verfahren zur Herstellung von Kunststeinen sei nicht patentierbar; der dazu verwendete Formkasten war in der Tat nur dann die plastische Darstellung der Erfindung, wenn die durch die Erfindung überwundene technische Schwierigkeit in der Konstruktion des Kastens bestand. Mit Urteilen vom 4. Juni 1898 i. S. Pictet, XXIV, II, 466, 27. April 1900 i. S. Société chimique des usines du Rhône et cons., XXVI, II, 457, hat des B. Ger. erkannt, die Verwendung eines bekannten Instrumentes zu einem neuen Zweck, nämlich eine gläserne Ampel zur Projektion leicht sich verflüchtigender Flüssigkeiten, sei keine patentierbare Erfindung; aber nicht sowohl, weil die Erfindung nicht durch Modell darstellbar wäre, als weil sie nicht auf einem neuen Lösungsgedanken beruht, wie *Kohler*, Patentrecht, 1900, S. 164, sich ausdrückt, mithin auch nicht einer besonderen gewerblichen Ausbeutung fähig ist.

Die B. V. verlangt nicht nur, dass die Erfindung durch ein Modell darstellbar sei, sondern auch, dass sie tatsächlich dargestellt sei. Damit ist nicht gesagt, dass das Modell beim Patentamt hinterlegt werden müsse; wenn nur seine Existenz bewiesen ist; vgl. Art. 14 des Patentgesetzes vom 29. Juni 1888; Vollz.-Verordg. vom 10. Nov. 1896 (A. S. XV, 533), Art. 13 ff. Unrichtig ist es dagegen, dass Art. 16 des Patentgesetzes die Erteilung eines provisorischen, auf drei Jahre gültigen Patentes vorschreibt, wenn der Modellausweis nicht geleistet wird. Das provisorische Patent gibt allerdings dem Inhaber kein Klagrecht, sichert ihm aber die Priorität der Anmeldung.

B. Das Betreibungs- und Konkursrecht.

Der Bund hat von der Kompetenz der Gesetzgebung über das Betreibungsverfahren und das Konkursrecht Gebrauch gemacht, indem er das B. Ges. über Schuldbetreibung und Konkurs, vom 11. April 1889 (A. S. XI, 529), erlassen hat; es wurde teilweise abgeändert durch das B. Ges. betr. die Übertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das B. Ger., vom 28. Juni 1895 (A. S. XV, 289).

Das Gesetz bezeichnet als seinen *Gegenstand* die Zwangsvollstreckungen auf eine Geldzahlung oder eine Sicherheitsleistung, Art. 38; es normiert also der Regel nach nur die Vollstreckung von Forderungen auf Geld, was m. E. der Absicht der B. V. entspricht. Die Zwangsvollstreckung anderer Forderungen bleibt Kantonssache. Davon macht das Gesetz nur wenige Ausnahmen: in Art. 38, indem es auch Betreibung auf Sicherheitsleistung durch eine andere Leistung als Geldzahlung zu-

[1]) Vgl. *Meili*, Die Prinzipien des schweiz. Patentgesetzes, 1890, S. 30. *J. Spiro*, Des inventions brevetables en Suisse, Zeitschrift, XX, 1901, S. 402. *Céresole*, Etude générale de la loi fédérale du 29 juin 1888 sur les brevets d'invention. Diss. Lausanne 1891, pag. 26 suiv.

lässt[1]); in Art. 211, indem es im Konkurs Forderungen, die nicht eine Geldzahlung zum Gegenstand haben, in Geldforderungen von entsprechendem Wert umwandelt und in dieser Form vollstreckt; in Art. 282, indem es neben der Eintreibung von Miet- und Pachtzinsforderungen auch die Ausweisung des Mieters oder Pächters zu vollziehen gestattet, und in den Art. 283 und 284, wo es die Retentionsrechte des Eigentümers schützt. Diese Ausnahmen sind aber durch den engen Zusammenhang mit der Vollstreckung von Geldforderungen durchaus gerechtfertigt. — Gemäss Art. 30 findet das Gesetz nicht Anwendung auf die Zwangsliquidation der Eisenbahnen und der Emissionsbanken, die auf anderer verfassungsrechtlicher Grundlage durch besondere Gesetze geregelt ist, und ferner nicht auf die Zwangsvollstreckung gegen Kantone, Bezirke und Gemeinden, soweit hierüber besondere kantonale Vorschriften bestehen; es hätte der staatsrechtlichen Stellung der Kantone im Bundesstaate wohl besser entsprochen, wenn die Zwangsvollstreckung gegen die kantonalen Gebietskörperschaften (und auch gegen die anderen öffentlichrechtlichen Verbände) vorbehaltlos dem kantonalen Recht überlassen worden wäre[2]).

Das Bundesgesetz, Art. 26, hat es auch den Kantonen überlassen, die *öffentlichrechtlichen Folgen* der fruchtlosen Betreibung festzustellen, obschon er auf Grund von Art. 66 B. V., bezüglich der politischen Rechte wenigstens, kompetent gewesen wäre; auch seine Kompetenz, die zur Vollziehung des Gesetzes erforderlichen Strafbestimmungen aufzustellen (Art. 25), wäre seit dem Inkrafttreten des Art. 64bis B. V. unbestreitbar.

Die eigentliche Betreibung ist zu trennen vom *Prozess über einen bestrittenen Anspruch;* ist der einzutreibende Anspruch bestritten, so muss er im Wege des ordentlichen Prozesses, der kantonal geblieben ist, festgestellt werden. Da sich aber der Streit inmitten des Betreibungsverfahrens erheben kann, so muss sich das Verfahren dieses Zwischenprozesses dem Betreibungsverfahren einigermassen anpassen; es darf sich namentlich nicht zu lange hinausziehen; deshalb stellt das Betreibungsgesetz mehrmals an das kantonale Prozessrecht die berechtigte Forderung, dass der Streit über eine einzutreibende Forderung im beschleunigten, bis zum Haupturteil der letzten Instanz nicht mehr als sechs Monate dauernden Verfahren behandelt werde (Art. 25, 111, 148, 250, 284).

Sache des Bundesgesetzes war es, zu entscheiden, dass kein *Anwaltszwang* zur Vornahme von Betreibungshandlungen gelte; Sache der Kantone, über die gewerbsmässige Vertretung der Gläubiger gewerbepolizeiliche Vorschriften aufzustellen, wie es Art. 27 angeordnet hat.

Die mit betreibungsrechtlichen Funktionen betrauten *Behörden* sind nur z. T. bundesrechtlich organisiert; zum andern Teil bedient sich das Gesetz bestehender kantonaler Behörden, richterlicher oder anderer. Alle diese Behörden, mit Ausnahme der eidg. Oberaufsichtsbehörde (B. Ger.) und des B. R., gehören aber dem kantonalen Beamtenorganismus an.

---

[1]) Nach *Jäger,* Kommentar, Art. 38, Note 3, aber ohne die kantonalrechtliche Vollstreckung auf Sicherheitsleistung in ganz bestimmter Frist und bestimmter Form auszuschliessen.

[2]) A. M. *Meili,* Rechtsgutachten und Gesetzesvorschlag betr. die Schuldexekution und den Konkurs gegen Gemeinden, Bern 1885, S. 256, der die Kompetenz des Bundes auf Grund von Art. 64 B. V. ohne weiteres annimmt.

Art. 64 bis.

Der Bund ist zur Gesetzgebung im Gebiete des Strafrechtes befugt.

Die Organisation der Gerichte, das gerichtliche Verfahren und die Rechtsprechung verbleiben wie bisanhin den Kantonen.

Der Bund ist befugt, den Kantonen zur Errichtung von Straf-, Arbeits- und Besserungsanstalten und für Verbesserungen im Strafvollzuge Beiträge zu gewähren. Er ist auch befugt, sich an Einrichtungen zum Schutze verwahrloster Kinder zu beteiligen.

I. Geschichte.

Siehe Art. *64*.

II. Auslegung[1].

A. Die Grenzen der Strafgesetzgebung.

1. Schon bevor Art. 64 bis in Kraft war, besass der Bund eine grosse Anzahl Strafbestimmungen; es waren z. T. Bestimmungen, die nach üblicher Einteilung des Stoffes und ihrer Natur nach in das eigentliche Strafgesetz gehören, z. T. Bestimmungen des Verwaltungsstrafrechts. Der ersten Art gehört das Bundesstrafrecht vom 4. Febr. 1853 (A. S. III, 404) mit seinen Novellen vom 12. April 1894 und 5. Juni 1902 an; es bedroht mit Strafe Verbrechen, die gegen den Bund und seine Einrichtungen oder Beamte gerichtet sind, sowie Verbrechen gegen die verfassungsmässige Ordnung und die innere Sicherheit der Kantone, die Ursache oder Folge von Unruhen sind, durch welche eine bewaffnete eidg. Intervention veranlasst worden ist; ferner Verbrechen der Bundesbeamten und gegen fremde Staaten. Der Bund war hierzu zweifellos kompetent, nicht aber zur Novelle vom 12. April 1894 betr. Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit (anarchistische Verbrechen), die er in durchaus unrichtiger Anwendung von Art. 114 B. V. erliess[2]. — Strafbestimmungen als Sanktion von zivilrechtlichen Normen enthalten die Gesetze über geistiges Eigentum, das Markengesetz inbegriffen, und wohl auch Art. 65 des Eisenbahntransportgesetzes vom 29. März 1893, während die Strafbestimmungen des Zivilstandsgesetzes vom 24. Dez. 1874, Art. 59,

---

[1]) *Hafter,* Der Vorentwurf eines B. Ges. betr. Einführung des schweiz. St. G. B., Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, XVI, 1903, 131.

[2]) Der B. R. rief Art. 2 und 85, Ziff. 2, 7, 8 B. V. an. Botschaft vom 1893, B. Bl. 1893, V, 761; St. B., III, 409.

des O. R. Art. 864, des B. Ges. betr. das Stimmrecht der Aktionäre von Eisenbahngesellschaften etc., vom 28. Juni 1895, Art. 11, das B. Ges. betr. die Ausdehnung der Haftpflicht, vom 26. April 1887, Art. 8, polizeilicher Natur sind. Zahlreiche Bestimmungen dieser letztern Art enthalten die Fiskal- und Polizeigesetze des Bundes. Der Bund war auch dazu kompetent, nicht nur deshalb, weil der innere Zusammenhang verlangt, dass die Norm und ihre Sanktion vom gleichen Gesetzgeber aufgestellt werden, sondern auch, weil die Strafbestimmungen notwendig einheitliche sein mussten und die Einheitlichkeit anders nicht zu erreichen war. Aus diesem Grund darf man diese vom Bunde vor Inkraftreten des Art. 64[bis] beanspruchten Kompetenzen nicht zum Beweise dafür anführen, dass die Kantone *nach* Inkrafttreten jenes Artikels die analogen Kompetenzen behalten müssen.

2. Die Grenzen der Strafgesetzgebung, wie sie durch Art. 64[bis] B. V. dem Bunde übertragen wurde, in grundsätzlicher Erörterung zu bestimmen, ist äusserst schwierig; wie bei Art. 64 darf man sich dabei nicht durch rein theoretische Grundsätze leiten lassen. Art. 64[bis] will keine wissenschaftliche Definition des Strafgesetzes geben, sondern eine Kompetenzausscheidungsregel und diese ist unter Berücksichtigung der Umstände, unter denen sie erlassen wurde, zu interpretieren.

Die Schwierigkeit der Abgrenzung liegt vornehmlich darin, dass der Bund scheinbar unbeschränkt kompetent ist, Strafgesetze zu erlassen, während die Kantone verfassungsrechtlich kompetent bleiben, einen guten Teil der Normen aufzustellen, die strafrechtlichen Schutzes bedürfen. Die Strafgesetze des Bundes können nun mit der kantonalen Gesetzgebung in offene oder verdeckte Kollision treten, indem sie mit der Strafandrohung implicite auch die Norm aufstellen, und indem sie bestimmen, welches strafrechtlichen Schutzes die Normen des kantonalen Rechts würdig sind. Wegen dieses doppelten Zusammenhangs kann keine Rede davon sein, dass der Bund alle Strafgesetze befugt wäre zu erlassen, lediglich weil sie Strafgesetze sind und ohne Rücksicht auf die kantonale Autonomie. Die Frage ist aber, wo die Grenze zu ziehen ist.

Ein Gebiet darf wohl vorab zu gunsten der kantonalen Hoheit ausgeschieden werden: das *Disziplinarrecht* kontonalrechtlicher Gewaltverhältnisse, weil das Disziplinarrecht seiner formalen Natur nach vom Strafrecht verschieden ist und bei Art. 64[bis] nicht inbegriffen sein konnte. Unter Disziplinarrecht ist aber bloss die besondere Strafbefugnis einer Behörde über Personen zu verstehen, die sich freiwillig in ihre Gewalt stellen und sich durch Austritt aus diesem Gewaltverhältnis der Strafbefugnis auch wieder entziehen können, wie es namentlich bei den Beamten der Fall ist. Beruht das Gewaltverhältnis auf gesetzlicher Pflicht des Untergebenen, so ist das Disziplinarstrafrecht durch kein formales Merkmal vom Polizei- und Verwaltungsstrafrecht zu unterscheiden, wenn es auch seiner inhaltlichen Ausgestaltung nach durchaus den Charakter von Disziplinarrecht tragen mag, wie es bei der Disziplinargewalt der Militär-, Schul-, Gerichts- und Gefängnisbehörden gegenüber den militär-, schul- und gerichtspflichtigen Personen der Fall ist.

Eben weil eine Abgrenzung des Strafrechts gegenüber dem Polizei- und Verwaltungsstrafrecht m. E. unmöglich ist, kann das *Ordnungsstrafrecht* im Gebiete kantonaler Hoheit nicht einfach den Kantonen

vindiziert werden[1]). Wenn das Gericht für die im Gerichtssaale anwesenden Personen Verhaltungsregeln mit Strafsanktion aufstellt, so ist das gewiss Ordnungsstrafrecht; worin unterscheiden sich aber diese Vorschriften ihrer Natur nach von solchen, die für das Gerichtsgebäude, seine Umgebung, die öffentliche Ruhe auf der Strasse überhaupt erlassen sind? doch nur durch die zur Erlassung kompetente Behörde, was aber eben in unserer Frage bestritten ist.

Ebensowenig durchschlagend ist die Unterscheidung zwischen *Polizeistrafrecht* und eigentlichem Strafrecht, in dem Sinn, dass der Bund unbeschränkt kompetent wäre, Bestimmungen der zweiten Art aufzustellen, nicht aber der ersten. Das Polizeistrafrecht unterscheidet sich m. E. vom eigentlichen Strafrecht wesentlich dadurch, dass es nicht sowohl die Auflehnung gegen die Rechtsordnung als solche bestraft, sondern die Störung der Funktion einer bestimmten Einrichtung oder die Gefährdung einer vom Gesetz gewollten Ordnung: Störung des Verkehrs auf der Strasse, auf der Eisenbahn, Störung der amtlichen Aufsicht über Fremdenverkehr, Handel und Gewerbe, der Beerdigungsordnung etc. etc.; dieses speziellen Zweckes wegen nimmt es auf das respektive Verschulden des Täters nicht immer Rücksicht und bemisst es auch die Strafe nicht sowohl nach dem Verschulden als nach der objektiven Gefährlichkeit der Tat. Diese Merkmale hat aber das Polizeistrafrecht mit dem Verwaltungsstrafrecht überhaupt gemein; man denke an die Bestrafung von Steuer- und Zolldefraudationen[2]). Überall ist das gesetzgeberische Motiv, die einem gewollten Zustand entgegenstehenden Hindernisse wegzuräumen oder ihrer Entstehung vorzubeugen; nirgends aber ist dem Gesetzgeber das beim eigentlichen Strafrecht ausschlaggebende Motiv ganz fremd, der Verletzung des Gesetzes als solcher, wegen der dadurch geoffenbarten gefährlichen Gesinnung gegen die gesellschaftliche Ordnung überhaupt, entgegenzutreten. Die Strafbestimmung ist zugleich Mittel, um den Zweck der verwaltungsrechtlichen Norm zu erreichen, und Reaktion gegen die antisoziale Gesinnung des Täters; die Bestrafung der Steuerunterschlagung soll dem Staat Geld verschaffen, aber auch die Gesellschaft gegen unlautere Elemente schützen. Diese beiden Tendenzen ergeben also kein formales, d. h. vom Inhalt trennbares, Unterscheidungsmerkmal zwischen strafrechtlichen Bestimmungen, weil sie im gegebenen Gesetz nicht mehr hervortreten.

Es lässt sich also eine Abgrenzung der Bundeskompetenz nach der *Art* der strafrechtlichen Regelung, abgesehen vom eigentlichen Disziplinarrecht, nicht treffen; es muss vielmehr dem Gegenstande nach unterschieden werden, und zwar unter Berücksichtigung des überlieferten Inhalts der kantonalen Strafgesetzbücher und der Kompetenz der Kantone zur Aufstellung der Norm.

Bezüglich der *Überlieferung* ist zu bemerken, dass Verbrechen i. w. S., die in allen oder den meisten kantonalen Strafgesetzbüchern mit Strafe bedroht waren, aller Wahrscheinlichkeit nach auch bei der Annahme des Art. 64 bis als in das Gebiet des zukünftigen Bundesstrafgesetzes

---

[1]) Wie es deutsche Schriftsteller für das deutsche Staatsrecht tun (Art. 4, Ziffer 13, der Reichsverfassung). *Hänel*, Staatsrecht, 453 ff. *Seydel*, Kommentar, S. 99. *Binding*, Handbuch des Strafrechts, I. S. 275.

[2]) *O. Mayer*, Verwaltungsrecht, I, 319.

fallend betrachtet wurden; während die Vermutung eher für das Gegenteil spricht bei Verbrechen, die in kantonalen Spezialgesetzen, namentlich Verwaltungsgesetzen, vorgesehen sind.

Damit gewinnt man aber noch kein sicheres Prinzip, weil die kantonalen Strafgesetzbücher den Kreis ihrer Gegenstände verschieden umschreiben und weil der Bundesgesetzgeber auch neue deliktische Tatbestände muss schaffen können. Immerhin sind damit eine ganze Reihe deliktischer Tatbestände, und zwar die wichtigsten, dem Kompetenzkreise des Bundes gewonnen.

Berücksichtigt man, *wer zur Aufstellung der Norm kompetent ist*, so ist zunächst klar, dass der Bund diejenigen Handlungen mit Strafe belegen kann, die er ohnehin durch Zivil- oder Verwaltungsnorm verbieten kann, wie die Verletzung des Postgeheimnisses durch Postbeamte, Landesverrat und Hochverrat gegen die Eidgenossenschaft u. a. m. Zweifelhaft kann die Kompetenz nur da sein, wo das Strafgesetz einen Tatbestand kriminalisiert, dessen Normierung in die Gesetzgebungskompetenz der Kantone fällt. Ein wirklicher Konflikt wird aber auch hier nur dann entstehen, wenn das unter Strafe gestellte Verhalten möglicherweise durch das kantonale Recht erlaubt oder gar geboten sein könnte. Indem der Vorentwurf zu einem Schweiz. Strafgesetzbuch vom Juni 1903 z. B. die fahrlässige Gefährdung von Menschenleben durch Bauen, Art. 69, die fahrlässige Brandstiftung, Art. 149, die Störung des Totenfriedens, Art. 184, und manches andere mit Strafe bedroht, stellt er sich sicher mit keiner kantonalen Verordnung über Baupolizei, Feuerpolizei oder Beerdigungswesen in Widerspruch, da diese alle vernünftigerweise das gleiche Ziel verfolgen müssen, und ausgeschlossen ist damit auch nicht, dass die Kantone weitere Verbote (ohne Straffolge) im gleichen Gebiete erlassen. Schwierigkeiten bietet aber in solchen Fällen die Frage, in welchem Verhältnis das Bundesstrafrecht zum kantonalen Verwaltungsstrafrecht stehe: in welchem Mass schliesst das Bundesrecht konkurrierende kantonale Strafbestimmungen aus? sollen wegen fahrlässiger Brandstiftung nur die bundesrechtlichen Strafen anwendbar sein und soll etwa nur die fahrlässige Brandstiftung i. S. des Bundesstrafgesetzes bestraft werden dürfen oder bleiben andere feuergefährliche Handlungen nach kantonalem Polizeirecht strafbar? Solche Fragen erheben sich zu Dutzenden beim Durchgehen des Vorentwurfs; man vergleiche z. B. die Bestrafung der Amtsanmassung *in rechtswidriger Absicht*, Art. 196. Es ist Pflicht des Bundesgesetzgebers, wenn er Rechtsgüter strafrechtlich schützen will, die bereits Gegenstand administrativer Fürsorge seitens der Kantone sind, das Verhältnis seines Gesetzes zum kantonalen Verwaltungsstrafrecht genau zu bestimmen[1]) und die Kantone in der Erfüllung ihrer Aufgabe, zu der sie auch Strafandrohungen bedürfen, nicht zu hemmen.

Ein wirklicher Konflikt entsteht da, wo das Bundesstrafgesetz eine Handlung unter Strafe stellt und damit auch verbietet, welche die Kantone kraft ihrer Gesetzgebungshoheit normieren, erlauben oder sogar gebieten können. Fälle dieser Art werden selten sein; man vergleiche etwa die Bestrafung des Bordellhaltens durch Art. 130 des Vorentwurfs.

---

[1]) Wozu eine allgemeine Formel nicht genügt, wie die des Art. 8 des Vorentwurfs zum Einführungsgesetze, wonach die Kantone befugt bleiben, die Übertretung kantonaler Verwaltungsvorschriften mit Strafe zu bedrohen.

Es kann m. E. dem Bunde nicht verwehrt werden, Handlungen mit Strafe zu bedrohen, die er vom oben charakterisierten, rein strafrechtrechtlichen Gesichtspunkte auch für strafwürdig hält; er muss als Strafgesetzgeber darüber entscheiden, womit unvermeidlich auch die Möglichkeit einer Präjudizierung kantonalen Rechts gegeben ist. Wo aber das verwaltungsrechtliche Moment überwiegt, wo die Strafe notwendig erscheint, nicht sowohl um dem Verbrechertum in einer seiner Formen entgegenzutreten, sondern um zu einem bestimmten sozialen Resultat zu gelangen, als Mittel zu einem ausserhalb des Strafrechts liegenden Zwecke, soll der Bund die Strafsatzung den Kantonen überlassen. Die Unterscheidung ist allerdings am fertigen Gesetzestext schwer durchzuführen, weil sie auf die Beweggründe des Gesetsgebers zurückgeht; sie soll aber nichtsdestoweniger den Gesetzgeber bei seiner Arbeit leiten.

Endlich ist nicht zu verkennen, dass überall, wo das Strafgesetz des Bundes zur kantonalrechtlichen Norm, wenn auch nur als Sanktion hinzutritt, die Autorität des kantonalen Gesetzes gegenüber dem eidgenössischen wenigstens indirekt geschwächt wird; denn das Bundesgesetz masst sich nun an, durch die Bemessung des Strafschutzes, den sie geniessen soll, die kantonale Einrichtung zu werten. Die kantonalen Verfassungseinrichtungen, die Ämter und andere gesetzliche Einrichtungen, wie amtliche Besiegelung, Beschlagnahme, die Rechtspflege überhaupt, kommen in eine gewisse Abhängigkeit vom eidgenössischen Recht dadurch, dass dieses die Strafwürdigkeit ihrer Verletzung abschätzt und damit tatsächlich auch die Achtung, die ihnen zukommt, bemisst. Auch aus diesem Grund ist verständnisvolle Rücksicht gegen die Kantone für den Bundesgesetzgeber verfassungsrechtliche Pflicht.

3. Indem Art. 64 bis den Bund zur *Straf*gesetzgebung befugt erklärt, will er ihn ermächtigen, die *Straffolgen* rechtswidriger Handlungen zu bestimmen. Damit ist nicht sowohl die Bestimmung der zivilrechtlichen Folgen ausgeschlossen, denn dazu ist der Bund kraft Art. 64 B. V. kompetent, als die Bestimmung verwaltungsrechtlicher Folgen, die dem kantonalen Recht angehören. Entsprechend der obigen Charakterisierung der gesetzgeberischen Aufgabe des Bundes im Verhältnis zur Aufgabe der Kantone ist hier als Strafe zu bezeichnen das Übel, das dem Täter zugefügt wird als Mittel zur Bekämpfung des Verbrechertums in seiner Person, der antisozialen Gesinnung oder psychischen Verfassung, im Gegensatz zu Massnahmen, die bestimmt sind, die objektive Verletzung eines vom Gesetze gewollten Zustandes zu verhindern oder vermeiden. Die Einziehung ist daher nur Strafe, wenn sie mit Rücksicht auf das subjektive Verhalten des Täters erfolgt; sie ist eine gewerbepolizeiliche Massregel, wenn sie wegen der Gefährdung des öffentlichen Wohls durch das blosse Vorhandensein der betr. Gegenstände verhängt wird (vgl. Vorentwurf Art. 38, Abs. 2, 173, 246, 248, 249, 267)[1].

Das Verbot, einen Beruf oder ein Gewerbe auszuüben, kann ausschliesslich als gewerbepolizeiliche Massregel bezeichnet werden, denn zur Strafe wird ein verständiger Gesetzgeber dem Schuldigen die Ausübung seines ungefährlichen Berufes nicht verbieten (Vorentwurf Art. 43, 58, § 2, 230, 233, 235, 268). Ähnliches wäre über die Amtsentsetzung zu sagen; es wäre vielleicht richtiger, die Entsetzung von kantonalen Ämtern

[1]) Vgl. *Stooss*, Grundzüge der schweiz. Strafgesetzbücher, I, 374.

ganz kantonaler Regelung zu überlassen, da die Entziehung des Amtes nicht in erster Linie als ein Strafmittel, wie das Amt selbst nicht als ein persönlicher Vorteil des Beamteten, betrachtet werden darf, sondern gleich wie die Verleihung des Amtes als eine durch verwaltungsrechtliche Gesichtspunkte beherrschte Handlung.

Handelt es sich dagegen um den Kampf gegen das Verbrechertum, so darf die Kompetenz des Bundes nicht auf diejenigen Massregeln beschränkt werden, die sich als eigentliche Strafen darstellen, d. h. als Übel, die nach der Schuld des Täters bemessen werden. Der Richtung der heutigen Strafrechtswissenschaft entsprechend, muss das Strafgesetz auch andere, mehr auf Prävention als auf Vergeltung gerichtete Massregeln gegen gefährliche Menschen vorsehen können. Folgerichtig müsste dann allerdings der Gesetzgeber mit solchen Massregeln nicht auf Personen beschränkt sein, die ihre Gefährlichkeit bereits durch ein Verbrechen bekundet haben; die Einheit des Zwecks verlangt auch Einheit des Handelns. Die B. V. hat aber m. E. dem Bund bloss die Kompetenz geben wollen, solche präventive Massregeln der Kantone finanziell zu unterstützen, nicht aber sie selber an die Hand zu nehmen (vgl. Art. 37 des dem Vorentwurf beigefügten Einführungsgesetzes).

4. Die *Trennung des materiellen Strafrechts von der Gerichtsorganisation, dem Verfahren und der Rechtsprechung* gestaltet sich hier einfacher als beim Zivilrecht.

Die Verfassung behält den Kantonen die letzteren Befugnisse nur im gleichen Umfange «wie bisanhin» vor; es sind also die Befugnisse des B. Ger. in Strafsachen und die damit verbundenen Einwirkungen auf den kantonalen Prozess verfassungsrechtlich bestätigt; vgl. B. V. Art. 112, O. G. Art. 105 ff.; sie müssen sogar kraft Art. 114 B. V. in analoger Weise auf das neue Gebiet des Bundesstrafrechts ausgedehnt werden. Vgl. auch betr. die Verfolgung von Mitgliedern der Bundesbehörden oder Bundesbeamten die B. Ges. über die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dez. 1851 (A. S. III, 33) und über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten, vom 9. Dez. 1850 (A. S. II, 149).

Die Bestimmung der zur Verhängung von Strafen und anderen repressiven Massregeln des Bundesstrafrechtes *zuständigen Behörden* ist Sache der Kantone; wenn das im Vorentwurf vorliegende Einführungsgesetz in gewissen Fällen die Schulbehörde für Verweis und Schularrest, in anderen die Verwaltungsbehörde zur Versorgung in eine Erziehungsanstalt zuständig erklärt, so ist diese Bestimmung durch die Natur der Strafe selbst gegeben.

Der gleiche Vorentwurf stellt auch *interkantonale Gerichtsstandsnormen* auf. Gerichtsstandsfragen sind Fragen der Gerichtsorganisation, gehören also kraft Art. 64bis nicht zur Kompetenz des Bundes, und da die B. V. darüber auch sonst keine Bestimmung enthält, wäre der Bund streng genommen nur kompetent, subsidiäre Regeln aufzustellen, für den Fall eines positiven oder negativen Kompetenzkonfliktes zweier Kantone.

B. Bundesbeiträge.

Es war schon bei der Verfassungsrevision vorauszusehen, dass die Vereinheitlichung des Strafrechts an den Strafvollzug neue Anforderungen stellen würde, und dass den Kantonen durch das Strafensystem des

zukünftigen Bundesstrafgesetzes neue Ausgaben erwachsen würden; eine vom eidg. Justiz- und Polizeidepartement veranstaltete Expertise der kantonalen Strafanstalten ergab übrigens, dass sie weder der Zahl noch der Einrichtung nach den Anforderungen der damaligen Gesetzgebung genügten. Um die kantonalen Finanzen nicht durch die Annahme des schweizerischen Strafgesetzes leiden zu lassen und ihnen die Verbesserung ihrer bestehenden Anstalten zu erleichtern, wurde Abs. 3 des Art. 64 bis aufgestellt.

Was die *Zweckbestimmung* der Bundesbeiträge betrifft, so umfasst die Aufzählung der Arbeits- und Besserungsanstalten neben den eigentlichen Strafanstalten wohl auch Anstalten für Personen, die nicht strafgerichtlich, nach Bundesstrafgesetz, verurteilt, z. B. auf Grund kantonaler Verwaltungsvorschriften versorgt werden. Der Bund unterstützt bloss die Errichtung, nicht auch den Betrieb solcher Anstalten (anders Art. 45 des Vorentwurfs des Einführungsgesetzes), und unter Verbesserungen sind ebenfalls nur einmalige Ausgaben, namentlich bauliche, nicht Verbesserungen im Betrieb zu verstehen. Die Einrichtungen zum Schutze verwahrloster Kinder können auch Privatanstalten sein, wie die Botschaft bemerkt. — Der Bund soll dagegen nicht befugt sein, selbst Strafanstalten zu errichten; man wollte den Vollzug vollständig den Kantonen überlassen.

Selbstverständlich darf der Bund die Entrichtung der Beiträge an die *Bedingung* knüpfen, dass die subventionierten Anstalten den Anforderungen des Bundesstrafgesetzes und der heutigen Gefängniswissenschaft entsprechen. Er darf aber von den Kantonen, selbst unter Anbietung seiner finanziellen Hülfe, nicht die sofortige Ausführung der vom Bundesstrafgesetz geforderten Verbesserungen fordern; er soll vielmehr dem Stande der kantonalen Finanzen billige Rechnung tragen.

Und endlich ist der Bund selber zur Leistung von Beiträgen nicht schlechthin und unbedingt verpflichtet; er kann auch auf seine eigene finanzielle Lage Rücksicht nehmen.

Art. 65.

Wegen politischer Vergehen darf kein Todesurteil gefällt werden.

Körperliche Strafen sind untersagt.

I. Geschichte[1].

In der Tagsatzung von 1848 stellte *Zürich* bei der Beratung über Art. 50 (Pressfreiheit) den Antrag: «Die Todesstrafe ist für politische Verbrecher abgeschafft,» und begründete das Eingreifen des Bundes mit der politischen Aufregung, die solche Urteile, wie die Hinrichtung des

[1] *Blumer-Morel*, I, 574; *v. Orelli*, La peine de mort en Suisse, Revue de droit international et de législation comparée, XI, 382; *Hilty*, Über die Wiedereinführung der Todesstrafe, Bern 1879. Weitere Literaturangaben: Zeitschr. 1882, I, S. 314, Nr. 285 ff.

Dr. Robert Steiger in Luzern, nicht nur in einem Kanton, sondern in der ganzen Eidgenossenschaft zur Folge haben. *Glarus* beantragte, auch die Vermögenskonfiskation bei politischen Vergehen zu verbieten, blieb aber in Minderheit; der Antrag *Zürich* wurde in 2. Beratung als Art. 54 der B. V. 1848 angenommen[1]).

Ein Aufsehen erregender Fall von Prügelstrafe[2]) veranlasste die B. Vers., in die Revisionsvorschläge von 1865 die Bestimmung aufzunehmen: «Der Bundesgesetzgebung bleibt es anheimgestellt, einzelne Strafarten als unzulässig zu erklären.» Der Vorschlag wurde aber mit den meisten andern in der Volksabstimmung vom 14. Januar 1866 verworfen.

In der N. R. K. von 1871 wurde nach Antrag *Stämpfli* beschlossen, die Todesstrafe ganz abzuschaffen, und als 2. Absatz des Artikels die im Jahre 1866 verworfene Bestimmung aufzunehmen, die indessen nach der grundsätzlichen Entscheidung über die Rechtseinheit als überflüssig fallen gelassen wurde[3]). Der N. R. stimmte der vollständigen Abschaffung der Todesstrafe zu, unter Vorbehalt der Bestimmungen des Militärstrafgesetzes, und untersagte ausdrücklich die körperlichen Strafen; ein Antrag, die Kettenstrafe ebenfalls abzuschaffen, unterlag[4]). Der St. R. trat dem Beschluss des N. R. bei.

Der B. R. nahm diese Fassung in seinen Entwurf vom 4. Juli 1873 auf. Der N. R. selbst amendierte aber seinen früheren Beschluss, indem er das Militärstrafgesetz nur für Kriegszeiten vorbehielt, ausser körperlichen auch lebenslängliche Ehrenstrafen untersagte, und in einem 4. Absatz den Bund befugt erklärte, gemeinschaftliche Korrektionsanstalten für jugendliche Gefangene zu errichten. Nachdem sich der St. R. für Beibehaltung der Fassung von 1872 ausgesprochen, strich der N. R. den 4. Absatz wieder. Der St. R. stimmte seinerseits der gänzlichen Abschaffung der Todesstrafe zu. Zu bemerken ist noch, dass im N. R. ein von *Brosi* beantragter Zusatz zu Abs. 3, «soweit sie nicht Zusatzstrafen zu Freiheitsstrafen sind», verworfen wurde[5]).

Art. 65 lautete nun in der Verfassung von 1874: «Die Todesstrafe ist abgeschafft. — Die Bestimmungen des Militärgesetzes bleiben jedoch in Kriegszeiten vorbehalten. — Körperliche Strafen sind untersagt.»

Beim Inkrafttreten der B. V. war die Todesstrafe schon abgeschafft in den Kantonen Freiburg, Neuenburg, Zürich, Genf, Basel-Stadt und -Land und Tessin; in Solothurn hatte es der Grosse Rat beschlossen, das Volk aber noch nicht angenommen (B. Bl. 1879, I, 286)[6]).

Eine Reihe scheusslicher Verbrechen, namentlich die Tötung dreier Gefangenwärter durch zwei ausbrechende Sträflinge in Basel (B. Bl. 1879, I, 614 ff.), riefen eine Bewegung zu gunsten der Wiedereinführung der Todesstrafe hervor; verschiedene Petitionen, von zusammen über 30,000 Unterschriften, verlangten die Revision des Art. 65 B. V., und im St. R.

---

[1]) Absch. 1847, IV, 99, 145, 272.

[2]) Der Fall Ryniker; R. wurde in Altorf wegen Gotteslästerung und beleidigender Ausdrücke gegen die kathol. Kirche, ihre Vorsteher und die h. Schrift durch seine Schrift: „Die Garantien des allgemeinen Wohls“, zu 20 Rutenstreichen, 8 Tagen Gefängnis mit Wasser und Brot, ewiger Verbannung aus dem Kanton, 10 Jahre Verlust der bürgerlichen Ehrenrechte und zu den Kosten verurteilt, B. Bl. 1866, II, 393; III, 383, 392.

[3]) Prot. der N. R. K. 1871, 146, 155. Prot. der St. R. K. 1871, S. 87.

[4]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 264, 342, 348, 557.

[5]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 165, 189, 349, 268, 376, 279, 380, 285, 383.

[6]) *Stooss,* Grundzüge, I, 285.

stellte *Freuler* die Motion: 1. Art. 65 der B. V. sei aufgehoben. 2. An seine Stelle trete folgender Artikel: Auf politische Verbrechen und Vergehen darf im Gebiete der Eidgenossenschaft die Todesstrafe nicht verhängt werden. 3. Dieser Beschluss ist als Änderung des Grundgesetzes und als neues Gesetz zu promulgieren (B. Bl. 1879, I, 658). Die Motion wurde von beiden Räten erheblich erklärt und dem B. R. zur Begutachtung überwiesen. Dieser beantragte mit Botschaft vom 7. März 1879 (B. Bl. 1879, I, 281) Nichteintreten, wesentlich mit der Begründung, dass erfahrungsgemäss die Todesstrafe die Zahl der Morde nicht vermindere.

Die B. Vers. beschloss dennoch die Revision und ihr Beschluss vom 28. März 1879 (A. S. IV, 193)[1]) wurde in der Volksabstimmung vom 18. Mai gl. J. mit 200,485 gegen 181,588 Stimmen und 13½ gegen 6½ Standesstimmen bestätigt (A. S. IV, 195)[2]).

II. Auslegung.

Abs. 1. Die vielumstrittene Frage der Berechtigung der Todesstrafe ist hier nicht zu erörtern; juristischer Untersuchung bedarf dagegen der Begriff der **politischen Verbrechen.** Bei dieser Untersuchung ist im Auge zu behalten, dass es sich hier, im Gegensatz zu Art. 66, um einen Satz des materiellen Strafrechts handelt und dass der Begriff des politischen Verbrechens nicht mit Zuhülfenahme der Verbrechensbegriffe eines bestimmten Strafgesetzbuches ausgelegt werden kann, weil Art. 65 den Strafgesetzgeber selbst leiten will. Die Frage hat zwar keine grosse praktische Bedeutung mehr, da das zukünftige eidg. Strafgesetzbuch die Todesstrafe vermutlich überhaupt nicht verwenden wird; sie hat aber immerhin bis dahin noch einiges praktisches und zur Vergleichung mit Art. 66 einiges theoretisches Interesse.

Es ist zur Bestimmung des politischen Verbrechens, wie mir scheint, vom Begriff des Politischen, wie es bei Art. 7 (S. 123) charakterisiert wurde, auszugehen: politisch ist, was sich auf den Staat als Macht, auf die rechtliche Macht in der Gesellschaft bezieht. Hier aber ist nicht bloss, wie beim internationalen Vertragsrecht, die Machtstellung des Staates nach aussen, gegenüber andern Staaten in Frage, sondern auch die Machtstellung der staatlichen Behörden gegenüber den Einzelnen; sie kann dadurch in Frage gestellt werden, dass die Grundsätze der auf Verfassungs- oder Gesetzesrecht beruhenden Behördenorganisation selbst umgestürzt, oder dadurch, dass bloss die regelrecht als Behörden bestellten Personen abgesetzt werden, und beides kann sowohl durch die Behörden selbst, als durch Private geschehen. Denn nicht nur, wer sich an der Verfassung selbst vergreift, sondern auch, wer die Regierung stürzt, die gesetzgebende Behörde durch Staatsstreich auflöst, begeht ein politisches Verbrechen. Stets muss es sich aber um eine Machtfrage im Staate handeln; wie nicht jeder Staatsvertrag und nicht jedes internationale Rechtsverhältnis politisch sind, so hat nicht jeder Bestandteil der gesellschaftlichen Organisation und nicht jedes Amt politischen Charakter. Wenn ein Betreibungsbeamter sich richterliche Funktionen

[1]) Vgl. die Kommissionalberichte im B. Bl. 1879, I; St. R. K., Mehrheit, Berichterstatter *Freuler,* 553; Minderheit 645; N. R. K., eine Fraktion 657.

[2]) Botschaft des B. R. betr. die Abstimmung vom 4. Juni 1879, B. Bl. 1879, II, 850.

anmasst, wenn eine Gemeinde das Bestätigungsrecht der Regierung bei der Wahl von Hülfslehrern nicht anerkennen will, so begehen sie keine Rechtswidrigkeit politischer Art, denn die Macht im Staate kommt dadurch nicht ins Wanken. Solche Verletzungen der staatlichen Ordnung sind nicht besonders in Schutz genommen worden, nicht weil sie weniger entschuldbar wären als die politischen, sondern weil sich der Staat gegen sie nicht durch harte Strafen zu schützen braucht, das Verbot der Todesstrafe also überflüssig gewesen wäre, und weil die Gefahr der Parteilichkeit, des politischen Hasses, bei der Aburteilung nicht besteht. — Weil die Macht des Staates dadurch unvermindert bleibt, ist die Auflehnung gegen amtliche Befehle für einen einzelnen Fall in der Regel kein politisches Vergehen: die Weigerung, sich zum Militärdienst zu stellen, nimmt diesen Charakter erst an, wenn sie, unter Mehreren vereinbart, einen für die ganze Einrichtung des Militärs gefährlichen Charakter annimmt. Aus dem gleichen Grund ist der *gewalt*same Widerstand gegen staatliche Befehle irgendwelcher Art ein politisches Vergehen.

Objekt der politischen Verbrechen ist also die Macht im Staat, unter welcher Form immer.

Das Kriterium ist an sich klar, aber da die Macht selber unendlicher Abstufung fähig ist, kann auch das Verbrechen mehr oder weniger ausgesprochen politisch sein, je nachdem es sich gegen diese oder jene staatliche Einrichtung richtet; an Hand der blossen Verfassungsbestimmung ist eine scharfe Grenze nicht zu ziehen wie sie an Hand der Verbrecheneinteilung eines bestimmten Strafgesetzbuches gezogen werden könnte[1]).

Die Frage wäre auch nicht von grosser Wichtigkeit, wenn als politische Verbrechen nur diejenigen zu betrachten wären, die sich ausschliesslich gegen die Staatsgewalt richten, ohne private Rechtsgüter anzutasten. Jene Verbrechen sind anerkanntermassen politische, weil sie gegen politische Einrichtungen gerichtet sind, ohne Rücksicht auf die subjektive Seite der Tat (Zweck). Als politische Delikte werden aber allgemein auch solche bezeichnet, die zugleich den Tatbestand eines gemeinen Verbrechens realisieren, mit einem politischen Verbrechen oder einer politischen Aktion aber in Zusammenhang stehen. Im Auslieferungsrecht wird namentlich darüber gestritten, ob als politische Verbrechen auch solche gemeine Verbrechen gelten können, die zu einem politischen Zweck verübt werden — oder ob der Zusammenhang nicht spezieller zu fassen sei. Im Auslieferungsrecht ist die Frage in erster Linie auf Grund der Auslieferungsgesetze und -verträge zu beantworten, die hier nicht massgebend sind; dort fragt es sich, ob der Verbrecher überhaupt bestraft werden solle oder nicht; hier dagegen ist die Alternative nur Tod oder lebenslängliches Zuchthaus; dort stellt sich die Frage, bei Auslieferung von Angeklagten, in einem prozessualischen Stadium, wo sich das subjektive Moment des Zweckes sehr schwer beurteilen lässt, während im Art. 65 das abgeurteilte Verbrechen vorliegt. Zieht man mit diesen Unterschieden noch in Erwägung, dass der strafmildernde Grund für politische Verbrecher aller Art im Missverhältnis

---

[1]) So muss aber notwendig gezogen werden zur Feststellung des Begriffes sowohl der sog. relativ wie der absolut politischen Verbrechen; vgl. den Versuch von *Haus*, zitiert bei *Teichmann*, Revue de droit international, XI, 489.

zwischen der Schwere der vom Gesetze angedrohten und vom Richter zu erwartenden Strafe und der nicht immer verwerflichen Gesinnung des Täters liegt, so kommt man zum Schluss, dass kein Grund vorliegt, jenes Moment des verfolgten Zweckes nicht überall zur Geltung zu bringen, wo es besteht[1]; ob es besteht, ist eine Tatfrage ähnlicher Art, wie sie der Strafrichter häufig zu lösen hat, und ob auch ungeeignete Mittel genügen, ist eine Schwierigkeit, die dem vorligenden Fall nicht eigen ist.

M. E. braucht der politische Zweck auch kein unerlaubter zu sein[2]; wenn derjenige, der sich verbrecherischer Mittel bedient, um einen rechtswidrigen politischen Zweck zu erreichen, milder bestraft wird, so muss derjenige auf diese Milde noch mehr Anspruch haben, der einen erlaubten Zweck verfolgt; wer z. B. das einflussreiche Haupt der Gegenpartei ermordet, um seiner eigenen Partei zum Sieg zu verhelfen, begeht ein politisches Verbrechen i. S. des Art. 65.

Anderseits muss aber der politische Zweck gegeben sein bei Verbrechen gegen politische Einrichtungen des Staates wie bei politischen Verbrechen im w. S.; dieses Moment fehlt, wenn die politische Aktion nur Vorwand war, der eigentliche Zweck aber ein unpolitischer, wie Bereicherung, Ehrgeiz, persönliche Rache; oder wenn aus blosser Feindschaft gegen den Staat oder seine Diener gehandelt wurde, ohne die Absicht, eine allgemeine, unpersönliche Idee zur Geltung zu bringen. Politisch ist aber sicher auch der Zweck solcher, die jede staatliche Autorität abschaffen wollen, weil sie im Wahn befangen sind, die Gesellschaft könne ohne rechtlichen Zwang bestehen.

Militärische Verbrechen könnten nach dem Gesagten u. U. wohl als politische gelten, z. B. Verrat vor dem Feind; die Entstehungsgeschichte des Artikels lässt aber keinen Zweifel aufkommen, dass militärische Verbrechen ausgenommen sind.

Die Todesstrafe besteht gegenwärtig in den Kantonen Appenzell I.-Rh., Obwalden, Uri, Wallis, Zug, St. Gallen, Schwyz, Luzern, Schaffhausen und Freiburg.

Abs. 2. Welche Strafen als **körperliche Strafen** i. S. der B. V. anzusehen seien, bestimmt sich nach dem gesetzgeberischen Grunde der Bestimmung; dieser Grund liegt nun nicht sowohl in dem physischen Schmerz, den körperliche Strafen verursachen (diese sind ja in Haus und Schule nicht verboten), noch im physiologischen Nachteil, den der Bestrafte dabei erleidet (er ist ja nicht grösser als bei langen Freiheitsstrafen), sondern in der Herabwürdigung der Person, die nach allgemeiner Anschauung in der körperlichen Strafe, vor allem in der Prügelstrafe liegt; in zweiter Linie wollte man auch besonders *grausame* Strafen ausgeschlossen wissen. Deshalb sind Strafen, die körperlich ebenso nachteilig oder schmerzhaft sein können, wie schmale Kost, Dunkelarrest und Kettenstrafe, nicht verfassungswidrig[3], während der Pranger, die Brandmarkung als verboten gelten müssen. Diese Auslegung hat der Bundesgesetzgeber der B. V. gewissermassen zum voraus gegeben, indem er in Art. 9, Abs. 2, des B. St. R. vom 4. Febr. 1853 die Bundes-

[1] Gl. A. *Rüttimann,* II, § 497.
[2] Wie v. *Martitz, Lammasch* u. a. anzunehmen scheinen.
[3] *Stooss,* Grundzüge, I, 310, 311. Bericht der St. R. K. über Art. 65, vom 18. März 1879, B. Bl. 1879, I, 568.

assisen anwies, in Fällen, wo kantonales Recht zur Anwendung komme, unter keinen Umständen körperliche Züchtigung, Brandmarkung oder öffentliche Ausstellung auszusprechen. Vgl. Art. 5 des Auslieferungsgesetzes vom 22. Januar 1892.

Als körperliche *Strafen* sind m. E. nicht nur Übel zu verstehen, die durch strafgerichtliches Urteil verhängt, sondern auch solche, die von der Strafvollziehungsbehörde als Disziplinarstrafen ausgesprochen werden [1]; Disziplinarstrafen im Rechtssinne sind dies übrigens nicht, weil sie nicht in einem freiwillig begründeten Gewaltsverhältnis Anwendung finden. Auf den gegen renitente Zeugen angewendeten Erfüllungszwang, eben weil er in erster Linie Erfüllungszwang und nicht Strafe ist, findet m. E. Art. 65 nicht Anwendung [2]. Es kann auch kein Zweifel darüber bestehen, dass das Züchtigungsrecht der Eltern und des Lehrers durch Art. 65 nicht eingeschränkt ist.

Art. 66.

Die Bundesgesetzgebung bestimmt die Schranken, innerhalb welcher ein Schweizerbürger seiner politischen Rechte verlustig erklärt werden kann.

I. Geschichte.

Bei der Beratung des N. R. über Art. 43 in der Sitzung vom 19. Nov. 1873 schlugen zwei Mitglieder vor, eine Bestimmung über den Entzug der politischen Rechte überhaupt aufzunehmen; *Pictet*: «Kein Schweizerbürger kann seiner politischen Rechte beraubt werden, es sei denn infolge eines strafgerichtlichen Urteiles oder eines Urteiles, das ihn wegen Geisteskrankheit der bürgerlichen Handlungsfähigkeit verlustig erklärt»; *Klein:* «Kein Kanton darf einem Bürger anders als durch strafgerichtliches Urteil die bürgerlichen Rechte und Ehren entziehen.» Beide Anträge richteten sich gegen die Entziehung der politischen Rechte wegen der blossen Tatsache des Konkurses, ohne dass der Konkursit eine strafbare Handlung begangen hätte. Der Antrag *Pictet* wurde in etwas veränderter Fassung angenommen. — Im St. R. wurde nach eventueller Annahme eines Antrages *Nagel:* «Über den Erwerb und den Verlust der politischen Rechte wird die Bundesgesetzgebung einheitliche Bestimmungen aufstellen» definitiv beschlossen, gar keine Bestimmung dieser Art aufzunehmen. — In zweiter Beratung des N. R. beantragte die Kommission, als Art. 59ᵇ folgende Fassung: «Die Bundesgesetzgebung bestimmt die Schranken, innerhalb welcher ein Schweizerbürger seiner politischen oder bürgerlichen Rechte verlustig erklärt werden kann.» Den Ausdruck «Schranken» verteidigte die Kommission gegenüber dem Ausdruck «Bedingungen» mit der Bemerkung, er lasse der kantonalen Gesetzgebung eine gewisse Latitüde, z. B. bezüglich der Entziehung der

[1] Gl. A. *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, 552.

[2] Die Anwendung der Daumenschraube, um den Entführer eines Kindes zur Angabe des Versteckes zu zwingen, ist nicht verfassungswidrig.

politischen Rechte durch Strafurteil oder wegen Almosengenössigkeit oder Bevogtigung, während, wenn man von Bedingungen spreche, der Bund in eine vollständige Gesetzgebung eintreten müsste. Der N. R. strich bloss die Worte «oder bürgerlichen» und diese neue Fassung erhielt auch die Zustimmung des St. R.[1]).

II. Auslegung[2]).

Während Art. 43, Abs. 4 und 5, B. V. die politischen Rechte der Niedergelassenen feststellt, und Art. 47 der Bundesgesetzgebung vorbehält, ein Gleiches für die Aufenthalter zu tun, spricht Art. 66 von den Schweizerbürgern überhaupt; im Gegensatz zu den genannten Bestimmungen, welche die politischen Rechte in kantonalen (und kommunalen) Angelegenheiten, und zu Art. 43, Abs. 2, und Art. 74, welche die politischen Rechte in eidgenössischen Angelegenheiten im Auge haben, bezieht sich Art. 66 auf die politischen Rechte in beiden Gebieten.

Art. 66 spricht vom Verlust, von der Aberkennung der politischen Rechte, von den sogen. Ausschliessungsgründen, im Gegensatz zu den positiven Erfordernissen[3]); die Bestimmung wurde einzig zu dem Zweck in die B. V. aufgenommen, dem Bundesgesetzgeber zu gestatten, die Gründe festzusetzen, aus welchen die politischen Rechte einem sonst stimmfähigen Bürger abgesprochen werden können, und diese Absicht hat in dem Wortlaut des Artikels ihren klaren Ausdruck gefunden. Wenn nun auch die Ausschliessungsgründe logisch von den positiven Erfordernissen nicht getrennt werden können, da das Fehlen jedes positiven Erfordernisses als Ausschliessungsgrund bezeichnet werden kann, so ist doch die Unterscheidung, die gemeint ist, praktisch leicht durchzuführen. Positive Erfordernisse sind die überall erforderlichen Eigenschaften des Geschlechts, des Alters, deren man ja auch niemand verlustig erklären kann, und des Schweizerbürgerrechts; Ausschliessungsgründe sind die strafgerichtliche Verurteilung, die Zahlungsunfähigkeit, die Almosengenössigkeit, die Nichtbezahlung der Steuern und andere in der kantonalen Gesetzgebung etwa vorkommende Gründe (vgl. die Botschaft des B. R. vom 2. Okt. 1874, B. Bl. 1874, III, 36). Dass der Mangel der natürlichen Handlungsfähigkeit, die übrigens keine grosse Schwierigkeiten bietet, auch dazu zu rechnen ist, zeigt die Entstehungsgeschichte des Artikels; das politische Domizil ist schon in Art. 43 B. V. allgemein bestimmt.

Der kantonalen Gesetzgebung bliebe demnach vorbehalten, in kantonalen Angelegenheiten den Frauen das Stimmrecht zu gewähren und das Alter der politischen Mündigkeit zu bestimmen[4]). Die verschiedenen Entwürfe zu einem Ausführungsgesetz haben indessen für kantonale wie für eidgenössische Angelegenheiten als höchste Altersgrenze 20 Jahre aufgestellt[5]); derjenige vom 2. Juni 1882 bestimmte in Art. 10 ausdrück-

---

[1]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 97, 162, 331, 241, 375.
[2]) *Schollenberger,* 215 ff.
[3]) A. M. die b. r. Botschaft vom 2. Okt. 1874, B. Bl. 1874, III, 40.
[4]) *Schollenberger,* 215 f.
[5]) Was *Kunz,* Das zürcherische und eidg. Aktivbürgerrecht, S. 70, mit Recht kritisiert.

lich, dass die Kantone für das kantonale Recht auch eine niedrigere Grenze feststellen können.

Indem die Verfassung den Bundesgesetzgeber bestimmen lässt, *innerhalb welcher Schranken* ein Schweizerbürger seiner politischen Rechte verlustig erklärt werden kann, will sie andeuten, dass die Materie durch das Bundesgesetz nicht in erschöpfender Weise geregelt werden soll; das Bundesgesetz soll zunächst das materielle Recht schaffen, die Gründe angeben, aus denen allein die politischen Rechte entzogen werden können, und wohl auch die für notwendig erachteten leitenden Grundsätze des Verfahrens, wie das Erfordernis eines strafgerichtlichen Urteils, dem kantonalen Recht aber die Regelung des Verfahrens im einzelnen überlassen, da sie nicht ohne Beeinträchtigung anderer kantonaler Rechtsgebiete bundesrechtlich normiert werden könnte. Dem kantonalen Recht bleibt namentlich die Ordnung des formalen Wahlrechts in kantonalen Angelegenheiten, die Führung der Stimmregister, das Beschwerderecht, die Wahlverhandlung selbst und die Feststellung des Resultats, das Verfahren bei Referendums- und Initiativbegehren; somit auch die Ausschliessung von der Ausübung der politischen Rechte, die in der Verletzung dieser Regeln begründet ist.

Der B. R. unterbreitete der B. Vers. schon mit Botschaft vom 2. Okt. 1874 (B. Bl. 1874, III, 34) den Entwurf eines B. Ges. über die politische Stimmberechtigung der Schweizerbürger, der am 24. Dez. 1874 zum B. Ges. erhoben, in der Referendumsabstimmung am 23. Mai 1875 aber vom Volke verworfen wurde (B. Bl. 1875, I, 8; III, 299). Ein neuer Entwurf vom 25. Okt. 1876 (B. Bl. 1876, IV, 25) wurde von der B. Vers. ebenfalls durchberaten und als B. Ges. vom 28. März 1877 angenommen (B. Bl. 1877, II, 894), vom Volke aber mit noch grösserem Mehr verworfen (Bl. Bl. 1877, IV, 645; 1878, II, 463). Der B. R. legte den eidg. Räten am 2. Juni 1882 noch einen dritten Entwurf vor, der aber von der B. Vers. nie beraten wurde (B. Bl. 1882, III, 1)[1]. — Das Betreibungsgesetz vom 11. April 1889, Art. 26, hat die bestrittenste Frage der gescheiterten Bundesgesetze, die der öffentlichrechtlichen Folgen der fruchtlosen Pfändung und des Konkurses dem kantonalen Recht zu lösen überlassen, mit der einzigen Einschränkung, dass die Aufhebung dieser Rechtsfolgen (Rehabilitation) einzutreten habe, wenn der Konkurs widerrufen wird oder wenn sämtliche zu Verlust gekommenen Gläubiger befriedigt sind oder der Rehabilitation beistimmen.

Art. 67.

Die Bundesgesetzgebung trifft die erforderlichen Bestimmungen über die Auslieferung der Angeklagten von einem Kanton an den andern; die Auslieferung kann jedoch für politische Vergehen und für Pressvergehen nicht verbindlich gemacht werden.

---

[1]) Alle diese Entwürfe sind abgedruckt bei *Salis*, 1. Aufl., II, Nr. 767.

I. Geschichte[1].

Die *Mediationsverfassung* bestimmte in Art. 8: «Kein Kanton kann weder einem gesetzmässig verurteilten Verbrecher noch einem Beklagten, der nach den gesetzlichen Formen belangt wird, eine Freistatt geben.» Diesem Grundsatz entsprechend schlossen die Kantone am 8. Juni 1809 ein Konkordat, betr. die Ausschreibung, Verfolgung, Festsetzung und Auslieferung von Verbrechern oder Beschuldigten; die diesfallsigen Kosten; die Verhöre und Evokation von Zeugen in Kriminalfällen, und die Restitution gestohlener Effekten, welches am 8. Juli 1818 bestätigt wurde (Off. Sammlg., I, 296). Alle Kantone traten bei, Waadt und Genf mit nebensächlichen Vorbehalten. Da dieses Konkordat sich nur auf «Kriminalvergehen», ohne nähere Spezifizierung, bezog, schlossen alle Kantone ausser Aargau, Waadt, Wallis und Genf den 7. Juni 1810, bestätigt den 9. Juli 1818, ein Konkordat wegen gegenseitiger Stellung der Fehlbaren in Polizeifällen (Off. Sammlg., I, 306): «Die konkordierenden Stände wollen, bei allgemein anerkannten Polizeivergehen, die aus alt Eidgenössischer Übung hervorgegangene Stellung der Schuldigen, auf förmliche Requisition hin gestatten.». Obschon «Stellung» ursprünglich nichts anderes bedeuten sollte als Auslieferung, wurde das Konkordat, das wohl gegen seine ursprüngliche Bestimmung auch auf blosse Polizeiübertretungen angewendet wurde, durch die Mehrzahl der beigetretenen Kantone am 17. Juli 1840 dahin interpretiert, dass unter dem Ausdruck «Stellung eines Fehlbaren in Polizeifällen» nichts weiteres zu verstehen sei, als dass die einen solchen Fehlbaren betreffenden Requisitorialien der Behörden anderer Kantone dem Fehlbaren amtlich insinuiert und dass der letztere aufgefordert werde, einer solchen Insinuation Folge zu leisten, ohne dass derselbe auf irgend eine Weise durch Anwendung von Zwangsmitteln angehalten werden müsse, sich wirklich vor der Behörde, welche die Requisition verlangt hat, zu stellen (Off. Sammlg., III, 75)[2]). Mit dieser beschränkten Bedeutung ist das Konkordat noch heute in Kraft. Um die Unbestimmtheit des Ausdrucks «Polizeivergehen» zu korrigieren, schlossen schon 26. Aug. 1825 Bern und Freiburg eine Separatübereinkunft, in der sie festsetzten, was darunter zu verstehen sei, erneuert den 11. Okt. 1895[3]), und ähnliche Übereinkünfte schloss Bern nach dem allzusehr einschränkenden Erläuterungskonkordat von 1840 mit Solothurn am 6. April 1853, mit Luzern am 26. Juli 1856 und mit Aargau am 28. Febr. 1867, mit Obwalden am 24. Febr. 1875, mit Zürich am 9. Aug. 1876, mit St. Gallen am 15. April 1885 und mit Baselstadt am 11. Sept. 1886; Baselstadt schloss eine ähnliche Übereinkunft mit St. Gallen im Januar 1887[4]).

Über die *Vollziehung* von Strafurteilen bestanden auch nur wenige Verträge zwischen einzelnen Kantonen: Thurgau und St. Gallen vereinbarten am 5. Mai 1845 gegenseitige Mitwirkung zur Vollziehung von Polizeiurteilen; Luzern und Aargau im März 1865 die gegenseitige Voll-

[1]) Das Referat von *L. Colombi* im Schweiz. Juristenverein 1887, Zeitschrift, VI, 453, enthält eine ausführliche geschichtliche Darstellung. *Dubs*, II, 176.

[2]) *Schauberg*, Das interkantonale Strafrecht der Schweiz, Zeitschrift 1869, XVI, 209. *Blumer-Morel*, III, 321.

[3]) Zeitschrift, N. F., XV, 436.

[4]) *Pfenninger*, a. a. O., 331. Zeitschr., N. F., V, 484; VI, 416; VII, 457.

ziehung der Polizeiurteile (B. Bl. 1867, I, 617); Bern und Aargau am 26. Okt. 1866 die Urteilsvollziehung in Zuchtpolizeifällen[1]); Appenzell A.-Rh. und St. Gallen am 14. Febr. 1881 betr. den Vollzug der Korrektional- und Polizeistrafurteile; Bern und Freiburg am 11. Okt. 1895 betr. Vollziehung aller Straffälle korrektioneller, polizeilicher oder fiskalischer Natur und gewisser administrativer Entscheide[2]).

Die *Entwürfe von 1832 und 1833* verliehen dem Bunde die Kompetenz zur Gesetzgebung über interkantonale Auslieferung; der Entwurf von 1832 in Art. 41: «Bundesgesetze werden *a)* über Auslieferung der Verbrecher von einem Kanton an den andern allgemein verbindliche Bestimmungen aufstellen»; der Entwurf von 1833, Art. 36: «Ein Bundesgesetz wird über die Auslieferung der Verbrecher von einem Kanton an den andern allgemein verbindliche Bestimmungen aufstellen; jedoch kann die Auslieferung weder für politische Vergehen noch für Pressvergehen verbindlich gemacht werden.»

Die *Revisionskommission von 1848* nahm diese Bestimmung unverändert in ihren Entwurf auf; die I. Sektion bemerkte dazu, dieser Artikel enthalte das Prinzip, dass die Kantone sich in der Ausübung der Strafrechtspflege wechselseitig behülflich sein müssen; das Verfahren, das gegenüber auswärtigen Staaten vertragsgemäss gelte, müsse um so mehr auch unter den Kantonen gelten, wie es der Hauptsache nach bis jetzt konkordatsgemäss stattgefunden habe[3]). In der Tagsatzung wurde zu den beiden Ausdrücken «Verbrechen» und «Vergehen» bemerkt, es solle damit nicht der Gegensatz schwerer und leichter Gesetzesübertretungen verstanden sein; die Redaktoren legten aber in 2. Beratung der Tagsatzung die Fassung von 1848 vor, die beinahe ohne Diskussion angenommen wurde[4]). Art. 55: «Ein Bundesgesetz wird über die Auslieferung der Angeklagten von einem Kanton an den andern Bestimmungen treffen; die Auslieferung ...» wie heute!

Auch in den *Revisionsverhandlungen* von *1871—72* und *1873—74* war die Diskussion kurz: Im N. R. wurde 1871 ein Antrag, die Auslieferung für politische und Pressvergehen zu *untersagen*, abgelehnt[5]). Die etwas veränderte Fassung des Art. 67 wurde durch die Redaktionskommission von 1874 allein angenommen[6]).

II. Auslegung.

1. Art. 67 normiert die Strafrechtshülfe unter den Kantonen nur in einer Beziehung; er verpflichtet die Kantone zu gegenseitiger Auslieferung, d. h. Festnahme und Ablieferung Angeklagter z. Zw. der Verurteilung (und Verurteilter z. Zw. der Verbüssung ihrer Strafe). Die Pflicht weiterer Rechtshülfe während der Instruktion des Prozesses und namentlich zur Vollziehung des Strafurteils statuiert Art. 67 nicht, und sie ist auch durch Art. 64[bis] nicht in den Kompetenzbereich des Bundes gestellt. Über Zeugenverhöre in Kriminalfällen gelten aber noch Art. 19 und 20

[1]) *Schauberg*, a. a. O., 206—207.
[2]) Zeitschrift, 1882, N. F., I, 283; XV, 436.
[3]) Prot. der Kommission, S. 147—148, 176.
[4]) Absch. 1847, IV, S. 99. 272.
[5]) Prot. des N. R., 1871—72, S. 264.
[6]) Prot. der eidg. Räte, 1873—74, S. 167, 350, 389—390; Anhang, S. 250, vgl. 278, 314.

des alten Auslieferungskonkordates vom 9. Juni 1809 (vgl. Art. 23 des B. Ges. vom 24. Juli 1852)[1]); sie können als überholt betrachtet werden durch das B. Ges. vom 2. Febr. 1872 betr. Ergänzung desjenigen vom 24. Juli 1852 (A. S. X, 672), welches, die Entwicklung des Konkordatsrechtes gewissermassen ausser dem Rahmen des Verfassungsrechts weiterführend, mit Zustimmung sämtlicher Kantone im interkantonalen Verkehr dieselben Grundsätze einführte, die schon im Verkehr mit mehreren auswärtigen Staaten galten und unter einzelnen Kantonen vereinbart worden waren[2]). Das B. Ges. bestimmt: «Wenn in Strafsachen die Behörden eines Kantons von den Behörden eines andern Kantons zur Vornahme von Untersuchungshandlungen. Vorladung von Zeugen u. s. w. angesprochen werden, so dürfen die Behörden des requirierten Kantons für diesfällige Verrichtungen von den Behörden des requirierenden Kantons keinerlei Gebühren noch Auslagen beziehen, und es bleibt bloss die Rückforderung von Auslagen für wissenschaftliche und technische Expertisen vorbehalten.» Diese Vorschrift bezieht sich, wie das B. Ger. mit Urteil vom 19. Febr. 1886 i. S. Bern g. Schaffhausen, XII, 48, erkannt hat, auf alle Strafsachen, nicht bloss auf solche, in denen Auslieferung begehrt wird; und es kommt nicht darauf an, ob die betr. Handlung auch im requirierten Kanton strafbar ist. Das B. Ges. statuiert somit implicite die Pflicht der Rechtshülfe zur Instruktion von Strafprozessen.

In gleichem Sinn hat das O. G., eine ältere Praxis bestätigend (*Salis*, IV, Nr. 1710), in Art. 150 bezüglich der *nach eidgenössischen Gesetzen zu erledigenden Strafsachen* den Grundsatz aufgestellt, dass die Behörden eines Kantons denjenigen der anderen Kantone sowohl für die Untersuchung, als die Urteilsvollstreckung Rechtshülfe zu leisten haben wie den Behörden des eigenen Kantons. Es ist damit wohl nicht gemeint, dass sie Freiheitsstrafen, die in anderen Kantonen ausgesprochen worden sind, selber zu vollziehen haben, sondern dem Urteilskanton dazu behülflich sein sollen (*Salis*, IV, Nr. 1689)[3]).

Der Vorentwurf eines Einführungsgesetzes zum schweiz. Strafgesetzbuch bestimmt in Art. 48: «Die Kantone vollziehen die von ihren Gerichten auf Grund des Strafgesetzbuches gefällten Strafurteile. Sie sind verpflichtet, die Urteile des Bundes gegen Ersatz der Kosten zu vollziehen.» Art. 50: «In bezug auf Bussen, Kosten und Entschädigung sind die auf Grund des St. G. B. ausgefällten Urteile, Strafbescheide und Strafverfügungen, auch wenn solche im Verfahren wegen Übertretungen von Polizeibehörden erlassen worden sind, in der ganzen Schweiz vollstreckbar. Vorbehalten bleiben diejenigen Fälle, in denen Rechtshülfe verweigert werden darf[4]).»

Der B. V. entspricht es m. E., dass die Strafurteile kantonaler Behörden, die in Anwendung von *Verwaltungs*strafgesetzen des Bundes

---

[1]) *Blumer-Morel*, III, 321.

[2]) Botschaft des B. R. vom 27. Sept. 1871, B. Bl. 1871, III, 575.

[3]) Art. 45 des O. G. verpflichtet die Kantone, die Entscheidungen *der mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden* in gleicher Weise zu vollziehen, wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte. Art. 198 ff. des B. Ges. über Bundesstrafrechtspflege, vom 27. Aug. 1851, regeln die Art und Weise der Vollziehung von Strafurteilen der Bundesbehörden. Die zu Freiheitsstrafen Verurteilten hat der im Urteil bezeichnete Kanton gegen Ersatz der Unterhaltskosten aufzunehmen. Vgl. Vorentwurf eines Einführungsgesetzes zum schweiz. St. G. B., Art. 23, 24.

[4]) *Hafter*, Der Vorentwurf etc., Zeitschr. für schweiz. St. R., 1903, XVI, 131.

ergehen, wenn sie auf Geld lauten, in allen Kantonen vollzogen werden, und dass jeder Kanton zur Vollziehung mit Auslieferung Hülfe leiste, wenn sie auf Freiheitsstrafen lauten; denn solche Strafen sind zum Zweck der Durchsetzung des Verwaltungszweckes aufgestellt, der Bundessache ist, die Kantone müssen sich diesem Zweck durch Vollziehung der Strafurteile unterordnen. Handelt es sich aber um eigentliches Strafrecht, in dem bei Art. 64[bis] bezeichneten Sinne, wozu ausser dem zukünftigen St. G. B. auch die Strafbestimmungen zu zählen sind, welche eidg. Privatrechtsnormen zur Sanktion dienen, wie diejenigen der Gesetze über geistiges Eigentum, so tritt der Satz, dass die Strafrechtspflege den Kantonen verblieben ist, wieder in sein volles Recht; zur Strafrechtspflege gehört sicher auch die Vollziehung der Urteile. Diese ist daher auch da noch Sache der Kantone verblieben, wo der Bund das materielle Strafrecht erlässt. Art. 64[bis] hat an der interkantonalen Urteilsvollziehung nichts geändert. Befriedigend ist dieser Zustand allerdings nicht; mit der Einführung der Strafrechtseinheit hätte auch dem Bund die Kompetenz erteilt werden sollen, die interkantonale Rechtshülfe in Strafsachen zu normieren; dazu hätte es aber einer Erweiterung des Art. 67 bedurft. Auch abgesehen von der Kompetenzfrage sind die Bestimmungen des Art. 150 O. G. und des zitierten Vorentwurfs keineswegs genügend.

Art. 67 ist ausgeführt worden durch das B. G. über die Auslieferung von Verbrechern oder Angeschuldigten, vom 24. Juli 1852 (A. S., III, 161), abgeändert betr. Kostenvergütung den 24. Juli 1867 (A. S., IX, 86) und ergänzt durch das schon erwähnte B. Ges. vom 2. Febr. 1872 (A. S., X, 672). Mit Recht ist der Gesetzgeber über den offenbar irrtümlich so eng gefassten Wortlaut der Verfassung hinausgegangen, und hat er auch die Auslieferung der *verurteilten* Verbrecher normiert, wie es schon das Konkordat von 1809 getan[1]).

2. **Politische Vergehen**[2]). Das unmittelbare oder mittelbare Angriffsobjekt des politischen Vergehens i. S. von Art. 67 ist mit einer noch

---

[1]) *Blumer-Morel*, I, 296. *Rüttimann*, II, § 443.

[2]) Aus der unerschöpflichen Literatur über die Nichtauslieferung politischer Verbrecher seien nur die hauptsächlichsten *schweizerischen* Abhandlungen angeführt: Verhandlungen des schweiz. Juristenvereins i. J. 1880, gedr. Protokoll, Bern 1881: Referate von *Pfenninger* und *Serment*. Referat von *Colombi* im schweiz. Juristenverein 1887, Zeitschrift, N. F., VI, 541. *Blumer-Morel*, I, 291. *Dubs*, II, 176. *Orelli*, in Zeitschrift XII, 350 (über das B. Ges. von 1892). *Salis*, IV, S. 413 ff. *Brüstlein*, Un projet de loi fédérale sur l'extradition, Zeitschr. für schweiz. Strafrecht, III, 113. *Hilty*, Politisches Jahrbuch, VII 95, 113. *Teichmann*, Les délits politiques, le régicide et l'extradition. Revue de droit international, XI, 1879, 475. *Soldan*, L'extradition des criminels politiques, Revue générale du droit, 1882, VI, 512. *Ders.*, „Auslieferung und Auslieferungsverträge", in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 361. *Rognin*, in der Revue du droit international privé 1881, VIII, 285, 309. *Bader*, Das politische Verbrechen nach schweiz. Gesetzgebung und Praxis. Zürich 1900 (neue Aufl. der Diss. von 1894). *Pfenninger*, Zum schweiz. Gesetzesentwurf, im Archiv für öffentliches Recht, VI, 556, 576. *Raisin*, De l'extradition en Suisse, Genève 1873. *Ruffy*, L'extradition et les traités conclus par la Suisse, thèse, Lausanne 1877. *Rossel*, Les traités d'extradition de la Suisse, thèse, Delémont 1879. *Berney*, De la procédure suivie en Suisse pour l'extradition aux pays étrangers, Bâle 1889. *Töndury*, Die Auslieferungsverträge der Schweiz und die Bundespraxis in Auslieferungssachen, Diss., Zürich 1890, S. 51 ff. *Weder*, Zur Behandlung der politischen Verbrechen im internationalen Strafrecht. *Schwarzenbach*, Das materielle Auslieferungsrecht der Schweiz. Zürich 1901. Aus der *ausländischen* Literatur die Werke von *Lammasch*, Auslieferungspflicht und Asylrecht, 1887, S. 203 ff., und die gründlichen Untersuchungen auch über das schwei-

zu erwähnenden Ausnahme das gleiche wie bei politischen Verbrechen i. S. von Art. 65 B. V., nämlich die staatlichen Einrichtungen, auf die sich die Macht des Staates in der Gesellschaft oder in der Staatengemeinschaft stützt. Auch hier ist dieser Begriff ohne Rücksicht auf die von den kantonalen Strafgesetzbüchern und vom zukünftigen schweiz. St. G. B. als Staatsverbrechen bezeichneten Delikte zu bestimmen; denn Art. 67 B. V. geht diesen Gesetzen vor und behandelt eine andere Frage als sie. Grundsätzlich ist auch hier nicht nur die unmittelbar gegen die politische Einrichtung gerichtete und als solche bestrafte Tat, sondern auch jede andere Tat, die zu einem *politischen Zweck* begangen wird, als politisches Delikt anzusehen.

Die Natur der Auslieferung bedingt aber zwei Abweichungen von jenem reinen Begriff der politischen Vergehen; die eine betrifft das Angriffsobjekt, die andere die Willensrichtung des Täters.

Die Nichtauslieferung politischer Verbrecher, d. h. ihre Begünstigung gegenüber gemeinen Verbrechern seitens des Zufluchtsstaates ist begründet in der Gegensätzlichkeit staatlicher Organisationsgrundsätze und staatlicher Machtinteressen. Ein republikanischer Staat kann den Versuch, in einem andern Staat die Monarchie durch die Republik zu ersetzen, nicht als gleich schweres Verbrechen ansehen, wie dieser selbst, und auch bei identischer Staatsform kann ein Staat die gegen die innere Organisation oder äussere Machtstellung (z. B. Gebietsumfang) anderer gerichteten Anschläge nicht als gleich strafbar ansehen wie der gefährdete Staat; während die Bestrafung solcher Angriffe für diesen ein Gebot der Selbsterhaltung ist, vermag jener in der unverletzlichen Erhaltung anderer an sich ein Postulat allgemeiner Rechtsordnung nicht zu erblicken, sondern höchstens in der verbrecherischen Art, in der die Angriffe ausgeführt werden; er legt daher an die gegen andere Staaten verübten Angriffe einen viel milderen Massstab an als an die gegen ihn selbst gerichteten. Diese Gründe sprechen aber für Nichtauslieferung nur, wenn der Angriff gegen Rechtsgüter gerichtet ist, die mit der besonderen Organisation oder mit der besondern Machtstellung zusammenhängen, wie Staatsform, völkerrechtliche Unabhängigkeit, Staatsgebiet oder Landesverteidigung. Wo aber der Grundsatz der gesellschaftlichen Organisation als solcher und nicht in seiner individuellen Ausgestaltung angegriffen ist, ist der Grundsatz in Frage gestellt, der allen Staaten gemeinsam ist, der einer gesellschaftlichen, d. h. rechtlichen Ordnung überhaupt; in der Verteidigung dieser gemeinsamen Grundlage kann zwischen den Staaten ein Gegensatz nicht bestehen. Anarchistische Verbrechen sind daher m. E. im Sinne des Auslieferungsrechts, besondere positivrechtliche Bestimmungen vorbehalten, keine politischen Delikte, obschon sie es unzweifelhaft sind i. S. von Art. 65 B. V. (Verbot der Todesstrafe)[1].

zerische Recht von *v. Martitz*, Internationale Rechtshülfe in Strafsachen, II, 1897, S. 187 ff., 263 ff., 500 ff. Ferner ist auf folgende offizielle Aktenstücke zu verweisen: Botschaft des B. R. vom 9. Juni 1890 zum Entwurf eines Auslieferungsgesetzes gegenüber dem Ausland, B. Bl. 1890, III, 343; Botschaft des B. R. vom 30. März 1889 betr. Auslieferungsvertrag zwischen der Schweiz und Österreich-Ungarn, B. Bl. 1889, I, 815. Botschaft des B. R. vom 29. Nov. 1869 betr. den Auslieferungsvertrag mit Frankreich, B. Bl. 1869, III, 467. Die Botschaft des B. R. zum Auslieferungsgesetz von 1852 ist teilweise abgedruckt bei *Colombi*, Zeitschrift, VI, 494.

[1]) Ob sie es nach den Auslieferungsverträgen der Schweiz mit dem Ausland sind, ist eine Frage der Auslegung dieser Verträge; wenn kein besonderer Grund für die gegen-

Im Gegensatz zu der eben zitierten Bestimmung findet die Auslieferung Angeklagter in einem prozessualischen Stadium statt, wo die verbrecherische Tat noch nicht abgeurteilt ist; die Auslieferungsbehörde muss die Frage, ob das Vergehen ein politisches sei oder nicht, in einem Augenblick entscheiden, wo die Tatfrage des verfolgten Zweckes meist noch unklar und bestritten sein wird; sie muss und soll es dem Richter überlassen, darüber zu urteilen. Das rein subjektive Moment des Zweckes kann folglich für sie nicht wegleitend sein. Als Ausweg könnte die Auslieferungsbehörde die Auslieferung bewilligen unter der Bedingung, dass der Angeschuldigte nicht verurteilt werde, wenn sich herausstelle, dass er in politischer Absicht gehandelt habe. Dieser Ausweg wäre aber unpraktisch, weil der der Parteilichkeit verdächtige Richter über jene Tatfrage zu entscheiden hätte, und weil ein des schwersten Staatsverbrechens schuldig befundenes Subjekt im letzten Moment der Justiz wieder entrissen werden müsste. Es scheint mir daher die von *v. Martitz* in speziellerem Zusammenhang vorgeschlagene Beschränkung des Begriffes am Platze zu sein, dass die subjektive Zweckbeziehung (zu einem absolut politischen Verbrechen oder zu einer erlaubten politischen Aktion) objektiv zum Ausdruck gelangt sein muss[1]).

Der Umstand, dass die zur Auslieferung verpflichteten Staaten *Glieder des schweizerischen Bundesstaates sind,* bedingt weitere Abweichungen vom rein internationalen Auslieferungsrecht. Während es im Verhältnis von nicht verbundenen Staaten unter einander eine natürliche Folge der Nichtauslieferung ist, dass politische Verbrechen überhaupt nicht bestraft werden, und dass militärische Handlungen, die im Bürgerkrieg vorgenommen werden, nach Kriegsrecht und nicht nach Strafrecht beurteilt werden, steht eine solche Behandlung im Verkehr der Kantone unter sich mit der Tatsache in Widerspruch, dass die kantonalen Verfassungen gemäss Art. 5 B. V. unter eidgenössischem Schutze stehen; sie sollen nicht anders als in den verfassungsmässigen Formen abgeändert werden. Jeder andere Abänderungsversuch muss grundsätzlich als rechtswidrig und strafbar gelten. Der Satz, dass politische Verbrecher schlechthin nicht ausgeliefert zu werden brauchen und dadurch *jeder* Bestrafung entzogen werden können, steht daher mit der bundesrechtlichen Gewährleistung der kantonalen Verfassungen in Widerspruch und sollte abgeändert werden. Ein Bedürfnis besteht nur dafür, dass politische Verbrecher nicht durch die Gerichte desjenigen Kantons gerichtet werden, gegen den sie das Verbrechen verübt[2]).

Der Satz besteht aber zurzeit noch zu Recht, und er fällt m. E. auch nicht mit dem Inkrafttreten des schweiz. St. G. B. dahin (Vorentwurf zum Einführungsgesetz, Art. 23, Abs. 2); denn er wurde nicht sowohl wegen der Schwere der Strafen, welche die Kantone aufstellen mochten, aufgestellt, als wegen der Gefahr parteilicher Beurteilung durch Gericht

---

teilige Auslegung vorliegt, sind sie m. E. als nicht politische zu betrachten. Das B. Ger. hat sie im Urteil vom 11. Sept. 1891 i. S. Malatesta, XVII, 455, mit übrigens guter Begründung als politische erklärt; im Urteil vom 30. März 1901 i. S. Jaffei, XXVII, 64, mit gewundener Begründung als nicht politische.

[1]) *v. Martitz*, a. a. O., 220, 260. Damit stimmt überein das b. ger. Urteil vom 15. März 1886 i. S. Kompowsky, XII, 131.

[2]) Vgl. *Schauberg*, a. a. O., 136; *Serment*, a. a. O., 141.

und Jury. Solange die Rechtsprechung Kantonssache bleibt, bleibt auch Art. 67 bestehen [1]).

3. **Pressvergehen** i. S. von Art. 67 sind strafbare Meinungsäusserungen durch die Presse, wie sie bei Art. 55 charakterisiert wurden; andere strafbare Äusserungen in der Presse sind m. E. hier auch nicht gemeint.

4. Der requirierte Kanton ist nicht verpflichtet, die Auslieferung für politische Vergehen und für Pressvergehen zu gewähren; er kann es aber ohne Verletzung der B. V. tun, sofern er dabei nicht willkürlich verfährt.

Art. 68.

Die Ausmittlung von Bürgerrechten für Heimatlose und die Massregeln zur Verhinderung der Entstehung neuer Heimatlosen sind Gegenstand der Bundesgesetzgebung.

I. Geschichte [2]).

Art. 19 der *helvetischen Verfassung* vom 12. April 1798 und die in Ausführung desselben erlassenen helvetischen Gemeindegesetze vom 13. und 15. Februar 1799 ordneten die rechtliche Stellung der ewigen Einwohner und Ansässen, nicht aber die der eigentlichen Heimatlosen. Auch die *Mediationsverfassung* und der *Bundesvertrag von 1815* sprachen nicht davon. Die Tagsatzung beschäftigte sich aber Jahr für Jahr mit den Heimatlosen, namentlich den heimatlosen «Konvertiten», ohne zu einer Verständigung zu gelangen. 1811 beantragte *Schwyz*, es solle ein genaues Verzeichnis von allen in der Schweiz herumirrenden heimatlosen Menschen aufgenommen, es sollen die Fremden ausgewiesen, diejenigen aber, welche wegen ihres schweizerischen Ursprungs oder wegen vieljährigen geduldeten Aufenthalts nicht mehr aus dem Lande gewiesen werden können, nach dem Massstab der Bevölkerung auf die Kantone verteilt werden. — Dieser Antrag wurde an eine Kommission gewiesen, auf deren Bericht die Tagsatzung 1812 folgenden Beschluss fasste: 1. Diejenigen Heimatlosen, welche sich über ein früher besessenes Heimatrecht in einem Kanton ausweisen können, gegenwärtig aber in einem andern Kanton sich aufhalten, sollen hier einstweilen noch geduldet und zum Behufe der Verständigung über deren Anerkennung eine Korrespondenz zwischen den betreffenden Kantonsregierungen eingeleitet werden. 2. Solche, die sich nicht über ein Heimatrecht,

---

[1]) Zu welch merkwürdigen Konsequenzen diese Rechtslage führen kann, zeigt folgendes Beispiel: Wenn ein Tessiner gegen seine Regierung im Kanton Tessin eine Verschwörung angestellt und sich in den Kanton Graubünden flüchtet, so braucht ihn dieser Kanton nicht auszuliefern, obwohl der Hochverrat in allen Kantonen in gleicher Weise nach Art. 185 des Vorentwurfs zu einem schweiz. St. G. B. strafbar ist; hat er aber die Verschwörung mit andern Tessinern auf Bündner Boden angezettelt, so muss ihn Graubünden strafen. — Die gleiche Anomalie entsteht bei Pressvergehen. Vorentwurf, Art. 105.

[2]) *Blumer-Morel*, II, 221.

wohl aber über einen längeren Aufenthalt in der Schweiz ausweisen können, sollen demjenigen Kanton angehören, in welchem sie neuerlich am längsten angesessen oder geduldet waren, und diejenigen, die nicht in einem bestimmten Kanton angesessen waren, sollen entweder nach dem eben erwähnten Grundsatz oder wie Vagabunden behandelt werden. — Durch die Anerkennung von Heimatlosen solle den gesetzlichen Vorschriften des aufnehmenden Kantons über die bürgerlichen Rechte und Genüsse solcher Leute nicht vorgegriffen sein[1]).

Am 3. Aug. 1819 schlossen sämtliche Kantone ausser Schwyz und Graubünden ein Konkordat (Off. Sammlg., II, 30, 77), welches obige Beschlüsse bestätigte und ergänzte; für die Zuteilung von Heimatlosen ohne Heimatrecht sollte der längste Aufenthalt seit 1803 massgebend sein; ausserdem wurde beigefügt, dass, wenn sich die beteiligten Kantone binnen Jahresfrist über die Anerkennung eines Heimatlosen nicht verständigen können, die Streitsache ungesäumt an das Eidg. Recht gewiesen werden solle und die erbetenen Schiedsrichter ihren Entscheid spätestens im Laufe der auf ihre Ernennung folgenden Tagsatzung aussprechen sollen, sofern nicht beide streitende Teile über einen längeren Zeitraum einverstanden sind; dass Streitigkeiten über die Frage des längeren oder kürzeren Aufenthaltes in einem Kanton und der dadurch begründeten Aufnahme eines Heimatlosen ebenfalls das Eidgenössische Recht entscheiden solle, und dass bis zu erfolgtem Spruche der Heimatlose in demjenigen Kanton geduldet werden solle, wo er zuletzt seinen Wohnsitz hatte.

Da es häufig vorkam, dass weder der eine noch der andere der beteiligten Kantone, denen die Einbürgerung zufiel, grosse Eile zur Erledigung des Falles zeigten, stellte ein Konkordat vom 17. Juli 1828 (Off. Sammlg., II, 147) endlich die Vollziehung des Konkordates vom 3. Aug. 1819 unter die unmittelbare Leitung des Vorortes und gestattete den Heimatlosen, die Dazwischenkunft des Vorortes von ihrem Aufenthaltsorte aus in Anspruch zu nehmen; die kantonalen Behörden sollten ihnen zur Erörterung ihrer Ansprüche beförderlich und ohne Kosten die nötige Unterstützung angedeihen lassen.

Da auch nach diesem Konkordat noch viele Heimatlose, dank dem passiven Verhalten der Kantone, ihre Anerkennung nicht erlangten, vereinigten sich am 30. Juli 1847 15 Kantone zu einem neuen Konkordat (Off. Sammlg., III, 322), das sich vom früheren besonders dadurch unterschied, dass es eine vom Vorort zu ernennende Kommission beauftragte, die Einbürgerung der Heimatlosen von Amtes wegen zu betreiben und nötigenfalls im eidgenössischen Recht als Klägerin gegen den nach ihrem Dafürhalten zur Anerkennung verpflichteten Kanton aufzutreten, eine Funktion, die das spätere B. Ges. dem B. R. übertrug. Das Konkordat kam indessen infolge der Bundesrevision nicht zur Ausführung; seine Grundsätze wurden aber zum grössten Teil in das B. Ges. vom 3. Dez. 1853 aufgenommen. (A. S., II, 138.)

Vgl. auch die bei Art. *54* erwähnten Konkordate über interkantonales Eherecht vom 22. Juni 1810 u. 11. Juni 1812, bestätigt am 7. Juli 1819, vom 4. Juli 1820, vom 8. Juli 1808, bestätigt den 9. Juli 1818, und vom 11. Juli 1829, welche ebenfalls eine der Ursachen der Heimatlosigkeit aufzuheben suchten.

[1]) Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813. 2. Aufl., S. 222, 226.

Schon die *Entwürfe von 1832 und 1833* enthielten die gleichlautende Bestimmung: Art. 37. «Es wird ein Bundesgesetz erlassen zur Ausmittlung von Angehörigkeitsrechten für Heimatlose, die gegenwärtig nicht eingeteilt sind, und zur Verhinderung der Entstehung neuer Heimatlosen.»

Die *Revisionskommission von 1848* beschloss, die Heimatlosigkeit zur Bundessache zu erheben i. S. des eben zitierten Art. 37 des Entw. von 1833. Sie gab der Bestimmung in zweiter Beratung die heutige Fassung, die seitdem unverändert blieb. Der Ausdruck «Bürgerrechte», im Gegensatz zum Ausdruck «Angehörigkeitsrechte», wurde aufgenommen, um zu dokumentieren, dass der Bund nicht zwei Klassen, Bürger und Geduldete, schaffen, sondern vielmehr darauf hinwirken wolle, dass die Geduldeten, welche nur ein Staatsbürgerrecht besitzen, nach und nach auch zu Gemeindebürgerrechten gelangen [1]).

In der Tagsatzung beantragte *Schwyz,* statt «Bürgerrecht» «Heimatrecht» zu setzen, weil ein grosser Unterschied bestehe zwischen den eigentlichen Bürgern und den Tolerierten oder denjenigen ehemaligen Heimatlosen, welchen ein Duldungsrecht zugestanden worden sei; für diese gelte das Maternitätsrecht, und sie haben bei Übersiedlung in eine andere Gemeinde einen Duldungsschein, bei Verehelichung eine Bewilligung der Orts- und Kantonsbehörden beizubringen. Darauf wurde geantwortet, gerade das wolle man beseitigen, dass die Geduldeten im Armen- und Vormundschaftswesen und in den politischen Rechten den Bürgern nicht gleichgestellt werden; Genossenrechte seien ihnen durch den Ausdruck «Bürgerrecht» nicht zugesichert [2]).

II. Auslegung [3]).

1. *Heimatlose* sind Personen, die völkerrechtlich der Schweiz angehören, die aber weder Kantons- noch Gemeindebürgerrecht oder nur ein Kantonsbürgerrecht besitzen, oder deren Kantons- und Gemeindebürgerrecht unbekannt oder bestritten ist.

Personen, die völkerrechtlich einem fremden Staate angehören, von diesem aber nicht anerkennt werden, sind nicht i. S. von Art. 68 heimatlos. Wenn ihre Staatsangehörigkeit zwischen der Schweiz und dem auswärtigen Staate bestritten ist, ist es Sache des B. R., die Verhandlungen zu führen und darüber endlich zu entscheiden, ob die Schweiz verpflichtet sei, den Betreffenden anzuerkennen. Das B. Ger. hat in seiner Praxis über Heimatlosensachen mitunter den Irrtum begangen, diese Frage selbst zu prüfen [4]) und sie nach dem Rechte des auswärtigen Staates zu beantworten [5]). Es ist klar, dass der Streit, als ein internationaler, nicht nach den widersprechenden Normen des einen oder andern Staates entschieden werden kann, sondern grundsätzlich nach internationalen Normen, so unsicher sie auch sein mögen. Die

---

[1]) Prot. der Kommission, S. 43, 156, 176—177.

[2]) Absch. 1847. IV, S. 100.

[3]) *Blumer-Morel,* II, 227. *Ullmer,* I, 420; II, 367. *Salis,* II, Nr. 496 ff.

[4]) B. Ger. vom 25. Febr. 1881 i. S. Bund gegen Kt. Baselland und Baselstadt, VII, 93; 22. Feb. 1884 i. S. Bund gegen Luzern und Aargau, X, 95; richtig XVII, 46.

[5]) B. Ger. X, 95; 19. März 1891 i. S. Schneider, XVII, 41; 7. Febr. 1891 i. S. B. R. gegen Tessin, XVII, 98.

Schweiz kann sich nicht für verpflichtet halten, alle Ausländer in ihren Staatsverband aufzunehmen, weil es ihrem Heimatstaat beliebt, sie ihres Bürgerrechts verlustig zu erklären. Sie kann aber auch nicht immer nach ihrem eigenen Rechte entscheiden, denn dies würde, zur allgemeinen Regel erhoben, die Schlichtung internationaler Bürgerrechtskonflikte überhaupt verunmöglichen. Der B. R. hat denn auch sehr oft Personen auswärtigen Staaten gegenüber als Schweizer anerkannt, obschon sie nach schweizerischem (eidg. oder kantonalem) Recht nicht als Schweizer zu betrachten waren, z. B. bei Konflikt der Ehe- und Filiationsgesetze; die Geschäftsberichte des eidg. Justiz- und Polizeidepartements geben dafür zahlreiche Beispiele (vgl. B. B. 1869, I, 1016). Art. 1 des Heimatlosengesetzes ist nicht dahin auszulegen, dass als schweizerischer Heimatloser jeder Ausländer zu betrachten sei, dessen Anerkennung der Heimatstaat verweigert. Entscheidet der B. R., die fragliche Person sei als Ausländer zu betrachten, so kann er nicht ihre Einbürgerung verlangen[1]; die Kantone (der Bund im Falle von Art. 70 B. V.) können eine solche Person wie einen andern Ausländer ausweisen, sofern der B. R. nicht im völkerrechtlichen Interesse der Schweiz glaubt, seine Duldung auf schweizerischem Gebiet anordnen zu müssen. Entscheidet der B. R. aber, die Person sei als Schweizer zu betrachten, so muss er ihre Einbürgerung betreiben, wenn ihr Kantons- und Schweizerbürgerrecht nicht ohnedies anerkannt wird[2].

Entsprechend der Absicht der B. V. schreibt das B. Ges. vom 3. Dez. 1850 betr. die Heimatlosigkeit (A. S. II, 138) die Einbürgerung nicht nur der Schweizer ohne Kantons- und Gemeindebürgerrecht (Geduldete und «Vaganten») vor, sondern auch der viel zahlreicheren Kantonsangehörigen ohne Gemeindebürgerrecht (Landsassen, Angehörige, manens, habitants, perpétuels)[3].

Als Heimatlose sind richtigerweise auch diejenigen Personen zu betrachten, die sicher einer von zwei Gemeinden und dem entsprechenden Kanton angehören, aber *bestritten,* welcher. Stellt man sich bloss auf den Boden des materiellen Rechts, so sind dies allerdings nicht Heimatlose, denn sie haben ein bestimmtes Bürgerrecht, in demjenigen Kanton nämlich, der im Streite unrecht hat: einer Einbürgerung bedarf es also nicht mehr. Vom prozessualischen und praktischen Standpunkt aus dagegen sind sie Heimatlosen vollständig gleich; denn der Heimatkanton verweigert ihnen die Anerkennung, und es besteht das gleiche Interesse dieser Personen selbst wie der Gesellschaft an ihrer Anerkennung durch den Heimatkanton als an der Einbürgerung wirklicher Heimatlosen; es besteht namentlich das gleiche Interesse daran, dass die Bundesbehörde von Amtes wegen ihre Anerkennung bewirke. Das B. Ger. hat sich auch hier, in allzu ängstlicher Anlehnung an den Gesetzestext, der allerdings bloss das materielle Rechtsverhältnis berücksichtigt (Art. 1), gegen diese Auslegung ausgesprochen[4]. Der

---

[1]) *Salis,* II, Nr. 500.

[2]) Unrichtig B. Ger. XVII, 98. — B. R. B. vom 22. Dez. 1888 i. S. Tognola, B. Bl. 1890, I, 1.

[3]) In der Botschaft vom 30. Sept. 1850, B. Bl. 1850. III, 126, 136, bemerkt der B. R., es geschehe dies aus dem Grunde, weil auch die Kantonsangehörigen ohne Gemeindebürgerrecht eine Quelle der Heimatlosigkeit seien.

[4]) B. Ger. vom 13. Dez. 1877 i. S. Bund geg. Luzern u. Aargau, III, 721; 28. Sept. 1883 i. S. B. R. geg. Bern und Zürich, IX. 260. *G. Vogt,* Die Gerichtsbarkeit des eidg. Bundes nach heutigem schw. Staatsrecht; Zeitschr. für die ges. Staatswissenschaft, XIII, 1857, 406—407.

Streit über das Bürgerrecht solcher Personen kann sich allerdings auch in der Form eines Zivilprozesses über ihren Familienstand oder einer Bürgerrechtsstreitigkeit zwischen Gemeinden (vgl. Art. 110, letzter Abs.) erheben; das schliesst aber nicht aus, dass auch das Verfahren in Heimatlosensachen anwendbar sei.

Endlich können auch Personen zu Heimatlosen werden, deren Bürgerrecht gänzlich *unbekannt* ist, wenn sie auch sicher eines besitzen, wie Findelkinder. Das Zivilstandsgesetz schreibt in Art. 19 der Gemeindepolizeibehörde die Anzeige behufs Eintragung ins Geburtsregister vor; und das Heimatlosengesetz verpflichtet in Art. 23 den Kanton, in welchem sie ausgesetzt wurden, zur Einbürgerung[1]).

2. Die Heimatlosen sollen *eingebürgert* werden; d. h. allen soll ein Gemeindebürgerrecht, und denjenigen, die kein Kantonsbürgerrecht besitzen, soll auch ein solches ermittelt oder verschafft werden. In welche Gemeinde sie einzubürgern sind, bestimmt weder die B.V. noch das B. Ges.: es ist grundsätzlich Sache der Kantone, sie zu bezeichnen[2]). Das Bürgerrecht bedeutet die rechtliche Gleichstellung mit den Kantons- und Gemeindebürgern, auch im Genuss von Gemeindegütern; nur diejenigen Güter, welche Eigentum einer privaten Korporation von Bürgern sind und nicht der öffentlichrechtlichen Korporation der Gemeindebürger als solcher, können den eingebürgerten Heimatlosen vorenthalten werden[3]). Zur Einbürgerung gehört auch, dass den Eingebürgerten ein klares und leicht nachweisbares Recht geschaffen werde[4]). Dagegen verlangt die B.V. nicht die unentgeltliche Aufnahme der Heimatlosen.

Das Ausführungsgesetz hat das vollgültige und unentgeltliche Gemeindebürgerrecht erst den Kindern eingebürgerter Heimatlosen gesichert (Art. 4.). Über die sehr langsam fortschreitende Vollziehung des Bundesgesetzes geben die Geschäftsberichte des eidg. Justiz- und Polizeidepartements Aufschluss. Am längsten dauerte die Einbürgerung in den Kantonen Tessin, Waadt und Wallis. Vgl. Bericht des B. R. vom 3. Dez. 1870, B. Bl. 1870, III, 964. B. Bl. 1871, II, 419; 1872, II, 527; 1873, II, 66. Gesch. Ber. 1873, S. 395; B. Bl. 1875, II, 629. Selbstverständlich kann der *Bund* nicht selbst Heimatlose einbürgern, wie es mitunter verlangt wurde[5]); hat er die Heimatlosigkeit verschuldet, so kann er den dem Einbürgerungskanton dadurch verursachten Schaden durch eine Entschädigung in Geld gut machen[6]).

---

[1]) Vgl. den Fall eines 20jährigen blödsinnigen Findlings bei *Salis*, II, Nr. 499. Über das kantonale Recht: *Huber*, Schweiz. Privatrecht, I, 549.

[2]) Um ihre ewigen Einwohner nicht an den Bürgergütern teilnehmen zu lassen, hatten einige Gemeinden des Unterwallis ausgeheckt, sie durch arme Berggemeinden gegen Übernahme des dadurch entstehenden finanziellen Risikos als Bürger aufnehmen zu lassen. B. Bl. 1872, I. 353. Die B. Vers. erklärte dies mit Recht für unzulässig. B. Bl. 1873, II. 69.

[3]) Botschaft B. Bl. 1850, III, 129; daher war auch die Verteilung eines Teiles des Bürgergutes unter die Bürger vor der Einbürgerung der Heimatlosen, wie es im Kanton Wallis geschah, nicht zulässig. B. Bl. 1872, I, 855.

[4]) B. Bl. 1860, II, 64 ff., 453; 1872, I, 354; 1875, IV, 1224. *Blumer-Morel*, II, 238.

[5]) B. Ger. I, 551; XVII, 98.

[6]) M. W. ist dies noch nie vorgekommen; dagegen zahlte der Bund dem Kanton Waadt einen Beitrag von Fr. 8000 an die Einbürgerung von 15 Personen, die infolge der Teilung des Dappentals mit Frankreich an die Schweiz gelangten. B. Bl. 1866, I, 493.

3. Die *Massregeln zur Verhinderung neuer Heimatlosenfälle* können den verschiedensten Rechtsgebieten angehören: Eherecht, Fremdenpolizei, Zivilstandsregisterführung u. a. m. Sofern sie dem Zivilrecht angehören, ist der Bund ohne weiteres kompetent; soweit sie aber in das Gesetzgebungsgebiet der Kantone fallen, ist der Bund auf Grund vom Art. 68 B. V. nicht kompetent, sie selbst zu erlassen, sondern nur den Kantonen vorzuschreiben, welche gesetzgeberische oder andere Massregeln sie zu ergreifen haben. So ist auch das B. Ges. vom 3. Dez. 1850 verfahren[1]).

Art. 69.

Dem Bunde steht die Gesetzgebung über die gegen gemeingefährliche Epidemien und Viehseuchen zu treffenden gesundheitspolizeilichen Verfügungen zu.

Vgl. Art. *31, lit. d.*

I. Geschichte.

Trotzdem weder die *Mediationsverfassung* noch der *Bundesvertrag* dem Bunde gesundheitspolizeiliche Befugnisse einräumte, beschäftigte sich die Tagsatzung schon seit 1805 mit diesem Gegenstand. Es wurde mit fast allgemeiner Zustimmung der Stände eine Sanitätskommission eingesetzt, die der Tagsatzung ein Gesundheitspolizeireglement zur Abwendung der Ansteckungsgefahr pestartiger Krankheiten überhaupt und des gelben Fiebers insbesondere vorlegte; am 26. Juni 1805 beschloss die Tagsatzung, den Landammann anzuweisen, vereint mit drei zu ernennenden eidg. Gesundheitskommissären zur Abwehrung ansteckender Krankheiten die erforderlichen Sicherheitsanstalten zu treffen. Am 9. Juni 1807 nahm die Tagsatzung, mit Vorbehalt einiger Abänderungsanträge, die 1809 erledigt wurden, die zwei von der eidg. Gesundheitskommission ausgearbeiteten Verordnungen an, betr. gemeineidgenössische Gesundheitspolizeianstalten zur Abhaltung des gelben Fiebers und anderer pestartiger Krankheiten, und Vorschriften für den Fall, dass in den an die Schweiz angrenzenden Ländern ansteckende Seuchen ausbrechen sollten. Nur Waadt und Freiburg stimmten nicht bei[2]).

Am 9. Juli 1818 wurden diese beiden Verordnungen konkordatsweise durch alle Stände ausser Waadt bestätigt. Am 20. Juli 1826 wurden die Kantone Wallis, Neuenburg und Genf, sowie das ehemalige Bistum Basel in das System eidg. Sanitätspolizei aufgenommen und zugleich eine Kommission mit der Revision der Verordnungen beauftragt; die derart umgearbeiteten Verordnungen wurden in der Tagsatzung am 7. Aug. 1829 von 19 Ständen angenommen. Nach dieser Verordnung[3])

---

[1]) Vgl. Botschaft. a. a. O., S. 135; *Salis,* II, Nr. 471.

[2]) Repertorium der eidg. Absch. 1803—1813, 2. Aufl., S. 197.

[3]) Absch. 1829, Beilage N. Schon ein Kommissionsbericht von 1831 bezweifelt die Wirksamkeit der Sperr- und Purifikationsanstalten. Absch. der ordentl. Tagsatzung 1831. Beilage Z.

sollten die Kantonsbehörden oder die Bundesbehörde unmittelbar den Personen- und Warenverkehr an der Grenze überwachen mit Hülfe von Reinigungs- und Quarantäneanstalten, oder die Grenze ganz schliessen; im Inneren der Schweiz wurden den Kantonen einige Vorschriften erteilt, z. B. Einschliessung einer Ortschaft durch einen Kordon, und mangels genügenden Personals die Hülfe der eidg. Behörden angeboten.

Als im Jahre 1831 die Cholera drohte, wurden die dagegen vorzukehrenden Massregeln als gemeinsame eidgenössische Angelegenheit erklärt; eine Kommission wurde mit der Ausführung der allgemeinen Verordnung vom 7. Aug. 1829 beauftragt, und eine Anzahl sanitätspolizeiliche Massregeln in der Schweiz selbst gegen Einschleppung der Krankheit angeordnet; der Vorort wurde überhaupt beauftragt, alle dazu geeigneten Massnahmen anzuwenden. Ähnliche Beschlüsse wurden 1836 gefasst, als die Cholera bereits im Kanton Tessin ausgebrochen war. Den Kantonen Graubünden und Tessin wurde ein Teil ihrer Auslagen zur Bekämpfung der Cholera vergütet[1]).

Die *Entwürfe von 1832* und *1833* gaben übereinstimmend der Tagsatzung das Recht, «gesundheitspolizeiliche Verordnungen gegen allgemeine Seuchen» zu erlassen (E. 1832: Art. 52, *h*; E. 1833: Art. 47, *g*).

In der *Revisionskommission von 1848* wurde beantragt: es sollen von Bundes wegen Polizeimassregeln angeordnet werden, wenn Krankheiten bei Menschen oder Vieh die Eidgenossenschaft im ganzen oder grössere Teile derselben bedrohen oder bereits heimgesucht haben. Dementsprechend wurde als Art. 52 in den Entwurf aufgenommen: «Die Bundesbehörden sind befugt, bei allgemeinen Seuchen gesundheitspolizeiliche Verfügungen zu erlassen[2]).» — In der Tagsatzung selbst beantragte *Bern* das Wort «allgemeinen» zu streichen, weil die gesundheitspolizeilichen Verfügungen dann ihren Zweck nicht mehr erreichen, wenn die Seuchen bereits allgemein geworden seien. Darauf erwiderte die Redaktion, der Artikel habe keineswegs den Sinn, dass erst dann Massregeln getroffen werden müssten, wenn eine Seuche schon allgemeine Verbreitung erlangt habe, sondern man habe nur andeuten wollen, dass von Bundes wegen erst dann einzuschreiten sei, wenn eine Seuche entweder die Schweiz in ihrer Gesamtheit oder doch grössere Gebietsteile bedrohe, während die sichernden Massnahmen den Kantonen füglich überlassen bleiben könnten, sofern die Seuche nur auf eine bestimmte Lokalität sich beschränke. Der Ausdruck «allgemein» wurde darauf durch «gemeingefährlich» ersetzt[3]).

Die Kantone Zürich, Bern, Luzern, Zug, Freiburg, Solothurn, Aargau und Neuenburg, zu denen später auch Schwyz kam, schlossen am 21. Dez. 1853 ein Konkordat zur Vereinbarung polizeilicher Massregeln gegen Viehseuchen (B. Bl. 1854, II, 111; A. S., IV, 198).

Im Jahre 1871 beschloss der N. R. die erweiterte heutige Fassung, die vom St. R. ebenfalls gutgeheissen wurde[4]).

1873 wurde im N. R. von *Saxer* der Antrag gestellt, Art. 69 durch folgenden Satz zu ergänzen: «Der Bund ist auch befugt, allgemeine Vorschriften für Handhabung der öffentlichen Gesundheitspflege zu er-

[1]) Repertorium der eidg. Absch. 1814—1848, II, S. 574—582.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 43, 156, 177.
[3]) Absch. 1847, IV, S. 102, 273.
[4]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 348, 558.

lassen», in der Meinung, dass der Bund ergänzend einzutreten habe, wo ein bloss vereinzeltes Wirken der Kantone nicht genüge. *Dagegen* wurde bemerkt, es sei nicht Sache des Bundes auf dem Gebiet der lokalen Gesundheitspflege einzugreifen; es genüge, dass er Massregeln gegen Epidemien mit internationalem oder interkantonalem Charakter ergreifen könne. Der Zusatz wurde abgelehnt[1]).

II. Auslegung.

1. **Gemeingefährliche Epidemien und Viehseuchen.** *Epidemien* und *Viehseuchen* sind Krankheiten, die sich leicht von einem Kranken auf viele ausdehnen, sei es durch direkte Übertragung von einem kranken Individuum auf das andere, sei es durch krankheitserzeugende Stoffe; wo die Erkrankung des einen an sich die Erkrankung der anderen nicht begünstigt, liegt keine Epidemie oder Seuche i. S. des Art. 69 vor; z. B. Massenvergiftungen durch verdorbenes Fleisch[2]). — Als gemeingefährlich wurden bei der Beratung der verschiedenen Gesetzesentwürfe ziemlich übereinstimmend und richtig diejenigen Epidemien und Viehseuchen erklärt, die infolge grosser Übertragbarkeit des Infektionsstoffes die Tendenz zur Verbreitung über grössere Landstrecken haben, im Gegensatz zu Seuchen, die ihrer Übertragungart gemäss, wenn sie auch die ganze Bevölkerung gefährden, doch nur lokal auftreten. Die Kompetenz des Bundes wurde da begründet, wo einheitliches Vorgehen nach einheitlichen Grundsätzen über die Kantonsgrenzen hinaus erforderlich ist, und das ist nur bei jenen, grosser Ausdehnung fähigen Seuchen der Fall[3]). Die Grenze ist daher keine scharfe.

Das B. Ges. über polizeiliche Massregeln gegen Viehseuchen, vom 8. Febr. 1872 (A. S., X, 1029) setzt sich in Art. 1 zum Zweck die «Sicherung gegen Einschleppung und Verbreitung von Tierkrankheiten, namentlich der nachbenannten gemeingefährlichen Seuchen: Rinderpest, Lungenseuche, Maul- und Klauenseuche, Rotz und Wut»; behält aber dem B. R. vor, beim Auftreten anderer Tierseuchen, sofern dieselben einen gemeingefährlichen Charakter annehmen, die zu ihrer Bekämpfung und Tilgung notwendigen Massregeln vorzuschreiben. Die V. V. vom 14. Okt. 1887, Art. 24 (A. S., X, 305) hat in der Tat, ausser den genannten Krankheiten, den Hautwurm für das Pferdegeschlecht, den Milzbrand, den Rauschbrand für Rindvieh, den Rotlauf für Schweine, die Räude für Schafe und Ziegen und die Pocken für Schafe und Ziegen als gemeingefährlich bezeichnet, und dem B. R. in Art. 25 vorbehalten, bezüglich der Beschälkrankheit des Pferdegeschlechts, der Klauenkrankheit der Schafe und der Trichinenkrankheit besondere Bestimmungen zur Zeit des Auftretens dieser Krankheiten im Inlande aufzustellen, sowie die Bestimmungen der B. V. auf andere Tiergattungen auszudehnen. Endlich

---

[1]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 187, 850.

[2]) Deshalb konnte sich der B. R. auch nicht auf Art. 69 B. V. berufen, als er i. J. 1875 von der Regierung des Kantons Uri gesundheitspolizeiliche Überwachung der Wohnungen der Gotthardtunnelarbeiter verlangte. *Salis*, IV, Nr. 1950.

[3]) Betr. Viehseuchen vgl. Botschaft vom 9. Dez. 1870, B. Bl. 1870, III, 1009—1010. Betr Epidemien: Botschaft vom 18. Dez. 1879. B. Bl. 1880, I, 59. Bericht der Mehrheit der St. R. K., B. Bl. 1880, IV, 591; der Mehrheit der N. R. K., B. Bl. 1881, IV, 282. Botschaft des B. R. vom 1. Juni 1886. B. Bl. 1886, II, 539.

wurde durch B. R. B. vom 15. Dez. 1892 (A. S., XIII, 192) die Schweineseuche für das Schweine-, Schaf- und Ziegengeschlecht als gemeingefährlich bezeichnet. Dazu ist zu bemerken, dass Art. 69 B. V. nur von *Vieh*seuchen spricht, nicht von *Tier*seuchen überhaupt, weil das Vieh einen bedeutenden Teil des Nationalreichtums ausmacht. Hunde und Katzen, Geflügel, Bienen, Wild fallen nicht darunter. Die Bekämpfung der Wut dagegen liegt im Bereiche des Bundes, nicht als Krankheit des Tieres, sondern als Krankheit der Menschen[1]).

Das B. Ges. betr. Massnahmen gegen gemeingefährliche Epidemien, vom 2. Juli 1886 (A. S., IX, 277), bezeichnet als solche: die Pocken, die asiatische Cholera, das Fleckfieber und die Pest.

Das vom Volk verworfene Gesetz vom 31. Januar 1881 war noch anwendbar auf Scharlach, Diphtheritis, Typhus, Ruhr und Kindbettfieber, wenn sie mit bedrohlichem, epidemischem Charakter auftreten (Art. 19, B. Bl. 1882, I, 303). Die Botschaft vom 1. Juni 1886 bemerkte dazu richtig, diese Krankheiten gehören nicht von vornherein zu den gemeingefährlichen i. S. des Art. 69 B. V., «da sie nur unter gewissen zeitlichen und örtlichen ungünstigen Verhältnissen und Bedingungen, wie solche bei uns noch nie vorgekommen sind und kaum vorkommen werden, den Charakter verheerender, über weite Landstrecken verbreiteter Seuchen annehmen» (a. a. O., S. 539).

Die mehr oder weniger grosse Gefährlichkeit der Krankheit für den Einzelnen kommt m. E. bei der Kompetenzfrage nicht in Betracht; die Bundesbehörde wird dafür besorgt sein, dass die der Bevölkerung auferlegten Massregeln mit der Gefährlichkeit der Krankheit in richtigem Verhältnis stehen.

2. **Gesetzgebung über gesundheitspolizeiliche Verfügungen.** Art. 59 der B. V. von 1848 gab zur Erörterung Anlass, ob der Bund nur einzelne Verfügungen oder auch ein förmliches Gesetz erlassen dürfe, und ob er auf dem einen oder anderen Wege schon vor dem Auftreten einer Seuche vorbeugende Massregeln ergreifen dürfe. Nachdem die B. Vers. beide Fragen unter der B. V. von 1848 durch Annahme des Viehseuchengesetzes vom 8. Februar 1872 unbedenklich bejaht hatte[2]), glaubten B. R. und B. Vers. bei der Beratung eines Epidemiengesetzes unter der B. V. von 1874 in geistloser Wortinterpretation für die frühere Zeit sie verneinen zu sollen[3]). Die Fassung des heutigen Art. 69 gestattet diesen Zweifel nicht mehr.

Schwierigkeit bereitet aber noch die Abgrenzung der Bundeskompetenzen bei der Bekämpfung der Epidemien. Wie mehrfach hervorgehoben wurde, ist das wirksamste Kampfmittel gegen alle Epidemien die Gesundheitspflege überhaupt; wenn also der Bund kompetent wäre, alle vorbeugenden Massregeln vorzuschreiben, müsste er auf dem ganzen Gebiet der öffentlichen Gesundheitspflege kompetent sein. Das war aber sicher nicht die Meinung der Verfassung: die gesundheitspolizei-

---

[1]) Über ein von Zürich beantragtes Konkordat gegen die Hundswut vgl. B. Bl. 1870 II, 255; 1869, II, 24. — Der B. R. legte 1876 der B. Vers., gemäss einem Postulat vom 5. Juli 1876, einen Beschlussentwurf über Massregeln gegen Verbreitung der Wutkrankheit vor; die B. Vers. behandelte ihn aber nicht. B. Bl. 1877, II, 64; 1878, II, 575.

[2]) Vgl. Botschaft vom 9. Dez 1870, B. Bl. 1870, III, 1008.

[3]) Vgl. B. Bl 1880, I, 55; 1880, IV, 590; 1881, IV, 282.

lichen Vorschriften über Bauanlagen, Lebensmittelverkehr, die Anlegung von Trinkwasserversorgungen, Kanalisationen etc. etc., das alles sollte nicht bundesgesetzlich geregelt werden. Der Bund sollte vielmehr nur diejenigen Massregeln vorschreiben, die spezifisch zur Bekämpfung der als gemeingefährlich erkannten Epidemien dienen; er soll die Seuchenpolizei ausüben, die Kantone die allgemeine Gesundheitspolizei und Gesundheitspflege. Die Abgrenzung lässt sich um so leichter durchführen, als die jeder Krankheit eigentümlichen Infektionsstoffe und ihre Übertragungsart besser erkannt sind. Alle zur Bekämpfung dieser Ansteckung geeigneten Massregeln kann der Bund anordnen, auch wenn sie mit Massregeln der allgemeinen Gesundheitspolizei zusammenfallen sollten. Es geht aber über diese Grenze hinaus, wenn Art. 10 des Viehseuchengesetzes allgemein vorschreibt, dass in den Metzgereien eine sanitarische Kontrolle des Schlachtviehes einzuführen sei, und die V. V. vom 14. Okt. 1887 dies dahin erläutert, dass die Kontrolle so eingerichtet sein soll, dass sie u. a. den Verkauf von gesundheitsschädlichem Fleisch verhindere. Dasselbe ist von den durch B. R. B. vom 1. Dez. 1893 (A. S., XIII, 739) abgeänderten Art. 100 der V. V. zu sagen, welcher eingeführtes Fleisch ganz allgemein darauf untersuchen lässt, ob es tauglich als Nahrungsmittel sei.

3. **Die Vollziehung.** Bis zum Erlass des B. Ges. vom 8. Febr. 1872 begnügte sich der B. R., abgesehen von einer Verordnung vom 1. März 1865 über den Viehtransport auf Eisenbahnen (A. S., VIII, 403), damit, die von den Kantonen getroffenen Massregeln zu überwachen, den Kantonen die nötigen Mitteilungen zu machen und in dringenden Fällen auch Aufforderungen zukommen zu lassen über notwendige Massregeln (vgl. die Gesch. Ber. des Departements des Innern); selten traf er selber sanitätspolizeiliche Anordnungen (vgl. B. Bl. 1867, I, 796; 1871, II, 234). Es war wohl die Meinung der Konstituenten, 1874 wie 1848, dass die *Vollziehung* der vom Bunde aufgestellten Vorschriften den Kantonen verbleibe und nicht ein vollständiger eidg. Vollziehungsorganismus geschaffen werde. Die Ansicht ist aber im Verfassungstext nicht zum Ausdruck gekommen, und es besteht m. E. kein verfassungsrechtliches Hindernis, dass der Bund seine Vorschriften durch eigene Organe vollziehen lasse. Tatsächlich hat der Bund bis jetzt nur eine eidg. Aufsichtsbehörde geschaffen, zuerst die durch B. R. B. vom 1. März 1879 (A. S., IV, 29) ins Leben gerufene eidg. Sanitätskommission, jetzt das durch B. B. vom 28. Juni 1893 (A. S., XIII, 689) errichtete schweiz. Gesundheitsamt; ferner Organe zur Kontrolle des Viehverkehrs an der Landesgrenze, die Grenztierärzte, mit B. Ges. vom 1. Juli 1886 (A. S., IX, 274)[1]; den Grenztierärzten sollen die eidg. Zollbeamten und Grenzwächter Hülfe leisten. Das Viehseuchengesetz ermächtigt ausserdem den B. R., behufs Durchführung über mehrere Kantone sich erstreckender Sicherheitsmassregeln Kommissäre mit amtlichen Befugnissen zu ernennen, wie es schon vor dem Gesetz in dringenden Fällen geschehen war (B. Bl. 1867, I, 796). — Es war auch nicht die Meinung der Verfassung, dass der Bund die *Kosten der Vollziehung* seiner Vorschriften zu tragen habe; anderseits war es gewiss nicht verfassungswidrig, dass er durch Gesetz

[1]) Vgl. die Instruktion für die Grenztierärzte vom 26. März 1891, A. S., XII, 59. *Salis*. V, S. 39.

einen Teil derselben übernahm. Der Bund ersetzt den Kantonen die Hälfte der von ihnen ausgerichteten Entschädigungen an Eigentümer polizeilich getöteter Tiere oder zerstörter Gegenstände; er leistet einen Beitrag an den Schaden, welche Massregeln gegen die Lungenseuche verursachen, wenn sie von den Kantonen unverhältnismässig grosse Opfer fordern.

Das Epidemiengesetz verpflichtet die Kantone, bedürftige Kranke und auslogierte oder internierte Gesunde unentgeltlich zu verpflegen, letztere auch für den Erwerbsverlust zu entschädigen, und ersetzt den Kantonen die Hälfte der dadurch, sowie durch die Überwachung der Kranken, die Desinfektion und die Überwachung des Grenzverkehrs veranlassten Kosten (Art. 5, 6, 7, Abs. 3, und 8 des Gesetzes); das Nähere ist im Reglement betr. die Ausrichtung von Bundesbeiträgen an die Kantone und Gemeinden zur Bekämpfung gemeingefährlicher Epidemien, vom 4. Nov. 1887 (A. S., X, 353), enthalten[1]).

Art. 69 bis.

Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zu erlassen:

a. über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln;

b. über den Verkehr mit andern Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen, soweit solche das Leben oder die Gesundheit gefährden können.

Die Ausführung der bezüglichen Bestimmungen geschieht durch die Kantone, unter Aufsicht und mit der finanziellen Unterstützung des Bundes.

Dagegen liegt die Kontrolle der Einfuhr an der Landesgrenze dem Bunde ob.

I. Geschichte.

Schon durch Postulat vom 30. Juni 1882 luden beide Räte den B. R. ein, über die Frage Bericht zu erstatten, ob es nicht angezeigt und vom verfassungsmässigen Standpunkt aus zulässig sei, von Bundes wegen die nötigen Massregeln zu treffen, um die Konsumenten vor gefälschten oder gesundheitsschädlichen Getränken zu schützen. Der B. R. antwortete im Geschäftsbericht für 1883 (B. Bl. 1884, II, 22), die kantonalen Gesetze seien ausreichend, und der Bund sei nicht kompetent, Strafbestimmungen gegen die erwähnten Missbräuche aufzustellen. — Am 29. Juni 1887 erklärte der N. R. eine von *Curti* u. G. gestellte Motion in folgender Fassung

[1]) Der B. R. verweigerte den Eisenbahngesellschaften die Vergütung der durch Befolgung der zit. Verordnung vom 1. März 1865 über den Viehtransport auf Eisenbahnen verursachten Kosten. B. Bl. 1868, II, 239.

erheblich: «Der B. R. ist eingeladen, zu untersuchen und darüber Bericht zu erstatten, wie auf dem Wege der Bundesgesetzgebung die kantonalen Vorschriften betr. Herstellung und Verkauf gesunder und unverfälschter Nahrungs- und Genussmittel und gewisser Gebrauchsgegenstände zweckmässig und namentlich in der Richtung zu ergänzen wären, dass der Hersteller und Verkäufer seine Waren mit ihren wahren Namen zu bezeichnen hätte.» Am 26. Juni 1889 wurde ferner von der B. Vers. beschlossen: «Der B. R. wird eingeladen, mit möglichster Beförderung ein Bundesgesetz über den Weinhandel auszuarbeiten und den Räten zu unterbreiten.» Der B. R. kam diesen Aufträgen, denen sich mehrere Petitionen von privaten Vereinigungen und von Behörden anreihten, mit Botschaft vom 8. März 1895 nach (B. Bl. 1895, I, 767); er legte die Gründe dar, aus denen er ein eidg. Lebensmittelgesetz für wünschenswert erachte, und bezeichnete als Gegenstand des Gesetzes die sanitätspolizeiliche Kontrolle des Verkehrs mit Nahrungs- und Genussmitteln, sowie mit verschiedenen Gebrauchsgegenständen und Verbrauchsartikeln, sofern sie für die Gesundheit des Menschen schädlich oder lebensgefährlich sein können, einerseits Ess-, Trink- und Kochgeschirre in bezug auf Material, Glasur, Verzinnung, anderseits Spielwaren, Tapeten, Kleider und andere mit giftigen Farben gefärbte oder bemalte Gegenstände, «schliesslich Petroleum und ähnliche Verbrauchsartikel, die, wenn sie ungenügend gereinigt sind, leicht explodieren und feuersgefährlich sind» (S. 778). Das eidg. Gesetz hätte sowohl den Konsumenten vor Schaden an der Gesundheit als den Käufer vor Täuschung über den Wert der Ware und damit auch den reellen Produzenten vor unredlicher Konkurrenz zu schützen. Da aber der B. R. den Bund nicht für kompetent erachtete, ein solches Gesetz zu erlassen, beantragte er der B. Vers. die Aufnahme eines neuen Art. 69bis folgenden Inhalts:

«Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu:

a. über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln;

b. über den Verkehr mit solchen Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen, welche das Leben oder die Gesundheit gefährden können[1]).»

Im St. R., der am 8. Dez. 1896 über die Vorlage beriet, beantragte die Kommission folgende Fassung, die vom Rat mit grosser Mehrheit angenommen wurde:

«*a.* Der Bund ist befugt, gesetzliche Bestimmungen zu erlassen betreffend die Lebensmittelpolizei, sowie die Polizei über Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände, welche das Leben und die Gesundheit gefährden können.

«*b.* Die Ausführung der bezüglichen Gesetze in den Kantonen geschieht durch die Kantone, unter Aufsicht und mit der finanziellen Unterstützung des Bundes[2]).»

Die N. R. K. beantragte dagegen:

«Dem Bunde steht die Gesetzgebung zu über den Verkehr mit Nahrungs- und Genussmitteln, sowie über den Verkehr mit solchen Ge-

---

[1]) Auf Wunsch der St. R. K. ersuchte der B. R. sämtliche Kantone um ihre Meinungsäusserung; er teilte das Resultat der B. Vers. durch Bericht vom 26. Aug. 1896 mit, B. Bl. 1896, III, 873; 5½ Stände bloss sprachen sich gegen die Erweiterung der Bundeskompetenzen aus.

[2]) Prot. des St. R. vom 8. Dez. 1896.

brauchs- und Verbrauchsgegenständen, welche das Leben oder die Gesundheit gefährden können.

«Die Ausführung der bezüglichen Bestimmungen geschieht durch die Kantone ...» wie St. R.

«Dagegen liegt die Kontrolle der Einfuhr an der Landesgrenze dem Bunde ob.»

In Abs. 1 spreche die Kommission von «Verkehr» und nicht bloss von «Polizei», um auszudrücken, dass nicht bloss der Klein-, sondern auch der Grosshandel, der sich der gemeingefährlichen Fälschungen schuldig mache, unter die wirksame Kontrolle des Staates zu stellen sei; sie schloss sich aber dem Antrag *Vincent* an, welcher mit der heutigen Fassung übereinstimmt. Die Kommission denke sich die Ausführung so, dass der Gesetzgeber allgemeine Normen aufzustellen habe, es successiven Vollziehungsverordnungen überlassend, die Kontrolle der einzelnen Lebensmittel- und Warenkategorien näher zu ordnen. Dabei dürfte sich empfehlen, der B. Vers. die Genehmigung dieser Verordnungen vorzubehalten, ähnlich wie es im Deutschen Reiche zu geschehen pflege. — Abs. 2 erkläre sich aus dem Wunsche einzelner Kantone, Organisationen, die sich bewährt hätten, beizubehalten. — Dass die Kontrolle an der Landesgrenze Sache des Bundes sei, erscheine als selbstverständlich. Sie werde sich im Interesse tunlichster Schonung des Verkehrs auf eine summarische Prüfung der hauptsächlich in Betracht fallenden Waren zu beschränken haben, um Verdächtigscheinendes der betreffenden Kantonsregierung zu signalisieren.

Odier beantragte, den 1. Abs. ähnlich wie der St. R. zu fassen mit Einschaltung der Worte: im Interesse der öffentlichen Gesundheitspflege, um anzudeuten, dass es sich nicht um die Bekämpfung der illoyalen Konkurrenz handle, die besser einem Rechtsgesetze vorbehalten bleibe. Der Vertreter des B. R. erwiderte darauf, es werde allerdings infolge der zu errichtender Kontrolle möglich sein, auch Fälschungen und betrüglichen Manipulationen aller Art entgegenzutreten, allein das werde mehr nur «par ricochet» geschehen. Es gehöre gewiss zu den sanitätspolizeilichen Aufgaben des Staates, nicht nur gesundheitsschädliche Waren fernzuhalten, sondern auch zu verhindern, dass indifferente oder minderwertige Surrogate als vollwertige Lebensmittel verkauft werden[1].

Der St. R. stimmte darauf am 26. März 1897 dieser Fassung zu.

Der B. B. vom 26. März 1897 wurde in der Abstimmung vom 11. Juli 1897 mit 162,250 gegen 86,955 Stimmen und 16 5/2 gegen 3 1/2 Standesstimmen angenommen (A. S., XVI, 343).

II. Auslegung.

1. Die **Gegenstände**, über deren Verkehr der Bund polizeiliche Vorschriften erlassen kann, sind einerseits Nahrungs- und Genussmittel, anderseits «Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände». Der Begriff der *Nahrungs- und Genussmittel* bedarf bloss nach einer Richtung hin der Präzisierung, nämlich zur Unterscheidung von Arzneien; die Kontrolle eigentlicher Arzneien verbleibt, als ein Teil der Medizinalpolizei, den

[1] Prot. des N. R. vom 19. März 1897.

Kantonen. Grundsätzlich ist m. E. danach zu unterscheiden, ob das fragliche Erzeugnis überwiegend der Ernährung oder überwiegend der Heilung dient; praktisch wird aber das Unterscheidungsmerkmal oft versagen, weil manche Erzeugnisse beiden Zwecken, und je nach Umständen mehr dem einen oder dem andern dienen.

Der Begriff des *Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstandes* ist nach mehreren Seiten hin unbestimmt. Er steht zunächst, wie mir scheint, im Gegensatz zu solchen Gegenständen, die im Gewerbe verwendet werden. Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände sind solche, die nicht von Leuten vom Fach in ihrem Beruf, sondern möglicherweise von jedermann, ohne besondere Sachkenntnis, verwendet werden, wie es der französische Ausdruck «articles de ménage et objets usuels» andeutet. Gegen die Verwendung gesundheitsschädlicher Geräte und Stoffe im Gewerbe, sei es nun in der Fabrik, in der Werkstatt oder in der Hausindustrie, hat die Gewerbepolizei einzuschreiten, Bund oder Kantone; Art. 69[bis] spricht nicht davon. Die Kontrolle über den Verkehr mit gesundheits- oder lebensgefährlichen Gebrauchs- oder Verbrauchsgegenständen steht ferner im Gegensatz zur Baupolizei; die Abgrenzung ist um so schwieriger, als die Baupolizei einem ihrer Hauptzwecke nach ebenfalls Gesundheitspolizei ist. M. E. ist Gegenstand der Baupolizei die Ausführung des Rohbaues und die innere Ausstattung der Räume, insofern die Gesundheitsschädlichkeit oder -unschädlichkeit der dabei verwendeten Materialien oder Gegenstände erst durch die Art ihrer Verwendung oder die Beschaffenheit der Räume, in denen sie verwendet werden, beurteilt werden kann; während Gebrauchsgegenstände, die man, ohne diese örtliche Verwendung zu kennen, oder weil man sie zum voraus kennt, als gesundheitsgefährlich bezeichnen kann, der bundesrechtlichen Kontrolle unterliegen. Das erste wird etwa bei Heizvorrichtungen, das zweite z. B. bei Tapeten der Fall sein. Diese Unterscheidung ist auch deshalb geboten, weil die polizeiliche Kontrolle des Art. 69[bis] die «im Verkehr» befindlichen Gegenstände betrifft und bei der Herstellung oder beim gewerbsmässigen Verkauf solcher Gegenstände einsetzt, die Baupolizei dagegen die im Besitz des Konsumenten befindlichen Gegenstände prüft. Immerhin soll die bundesrechtliche Gesundheitspolizei auf diese nachfolgende kantonalrechtliche Kontrolle Rücksicht nehmen und nicht zu erreichen suchen, was diese sicherer und einfacher erreichen kann.

2. Art. 69[bis] B. V. ermächtigt den Bund, über den **Verkehr** mit den eben genannten Gegenständen gesetzliche Bestimmungen zu erlassen. «Verkehr» ist m. E. nicht gleichbedeutend mit Handel, wie es im französischen Verfassungstext heisst (commerce); das Wort umfasst jedenfalls auch die Herstellung zu Verkaufszwecken und den gewerbsmässigen Gebrauch, im Gegensatz zum Selbstgebrauch und zur Herstellung zum Selbstgebrauch. Die Bierpression des Wirtes, der Eiskasten des Metzgers dürfen kontrolliert werden, obschon der Wirt nicht mit Bierpressionen, der Metzger nicht mit Eiskasten «Handel» treibt. Es scheint mir nach dem deutschen Text auch nicht fraglich, dass nicht nur der gewerbsmässige Verkauf und die Herstellung zu diesem Zweck, sondern auch der gelegentliche Verkauf und die dazu führende Herstellung Gegenstand polizeilicher Regelung sein kann; das französische Wort «commerce», welches die Idee der Gewerbsmässigkeit involviert, gibt m. E.

den Gedanken der Verfassung ungenau wieder. Man kann sich sogar füglich fragen, ob die Verfassung dem Bundesgesetzgeber in dieser Hinsicht eine Schranke setzen wollte. Art. 69 bis ist nicht aufgestellt und abgefasst worden in der Absicht, die Gesetzgebungskompetenz des Bundes gegenüber der Rechtssphäre des Einzelnen abzugrenzen, sondern um dem Bund eine bisher kantonale Kompetenz zu übertragen und sie der kantonal gebliebenen Gesetzgebungssphäre gegenüber abzugrenzen. Wenn von Verkehr gesprochen wurde, war es sicher viel mehr, weil man nur diesen polizeilicher Regelung zugänglich erachtete, als weil man dem einzelnen Bürger eine Garantie gegen staatliche Bevormundung geben wollte. Die Frage, wie weit die persönliche Freiheit des Einzelnen eingeschränkt werden soll, ist daher viel mehr eine Frage der Gesetzgebungspolitik als des Verfassungsrechts. Sie wurde bei der Beratung des Ausführungsgesetzes erörtert, als zu entscheiden war, ob jedes, auch das für den Selbstgebrauch bestimmte, geschlachtete Tier die Fleischschau passieren solle, wie der B. R. beantragt und der St. R. beschlossen hatte, oder nur die zum Verkauf geschlachteten Tiere. Verfassungsrechtlich stand jener strengeren Regelung m. E. schon deshalb nichts entgegen, weil im Momente des Schlachtens kaum zu sagen ist, ob das Fleisch nicht später ganz oder zum Teil verkauft werden wird[1]).

Die Frage, ob die Gesundheitskontrolle des Bundes sich auch auf die *Wohlfahrtseinrichtungen der Kantone und der Gemeinden,* namentlich auf die Wasserversorgungen, erstrecke, ist nicht minder schwierig. M. E. ist sie zu verneinen: wenn es in der Aufgabe und in der Befugnis der Kantone liegt, solche Einrichtungen zu schaffen, so muss ihnen auch überlassen werden, die Lösung zu finden, und es darf ihnen zugemutet werden, dass sie die bestmögliche Lösung finden werden. Hier kann von «Verkehr» schlechthin nicht mehr gesprochen werden, weil Staat und Gemeinde nicht in erster Linie nach Gewinn trachten[2]).

3. Der Verkehr mit Lebensmitteln und Gebrauchs- und Verbrauchsgegenständen soll zunächst in **gesundheits**polizeilicher Beziehung kontrolliert werden; gesundheitsschädliche Waren sollen vom Verkehr ausgeschlossen werden. Die Anwendung dieses Grundsatzes bietet einige Schwierigkeit bei Verbrauchsgegenständen; der B. R. führte in seiner Botschaft vom 8. März 1895 das Petrol und andere leicht explodierbare und feuersgefährliche Stoffe an. M. E. wäre es richtiger gewesen, die Vorschriften über den Verkehr mit feuersgefährlichen Stoffen überhaupt, seien sie nun Verbrauchsgegenstände (objets usuels) i. S. von Art. 69 bis oder nicht, der kantonalen Feuerpolizei zu überlassen. Es hat wohl zu dieser Erweiterung der Bundeskompetenz die Erwägung geführt, das sich die feuerpolizeiliche Kontrolle solcher Stoffe oft leicht mit der Lebensmittelpolizei verbinden lassen werde. Um so schwieriger ist es aber nun, die kantonale Feuerpolizei und die eidg. Gesundheitpolizei im w. S. gegeneinander abzugrenzen. Jede Feuersgefahr ist ja zugleich eine Gefahr für Leben oder Gesundheit. Die Abgrenzung ist wohl darin zu finden, dass der Bund die Beschaffenheit der Verbrauchsgegenstände, der Kanton ihre Aufbewahrungsart, ihren Transport und ihren Ver-

---

[1]) St. B., XIII, 455 ff., 459—470.

[2]) Die Botschaft des B. R. vom 28. Febr. 1899 zum Ausführungsgesetz, B. Bl. 1899, I. 617, scheint anderer Ansicht zu sein.

kauf auf die Feuersgefährlichkeit hin zu prüfen haben. Streng genommen gehörte aber alles dies auch zum Verkehr mit Verbrauchsgegenständen, die Leben und Gesundheit gefährden.

Die polizeiliche Kontrolle des Art. 69bis soll ferner den Konsumenten gegen Täuschung über die *Echtheit* und *Reinheit* der gekauften Ware schützen, und damit auch den reellen Produzenten und Handelsmann gegen unredliche Konkurrenz. Diese Kontrolle bezieht sich nur auf Nahrungs- und Genussmittel, wie aus lit. *b.* des Verfassungsartikels hervorgeht; der polizeiliche Schutz gegen Täuschung im Verkehr mit andern Waren als Lebensmitteln gehört der Handelspolizei an[1].

4. Abgesehen von der Kontrolle an der Grenze, geschieht die **Ausführung** der vom Bund erlassenen Bestimmungen durch die Kantone unter Aufsicht des Bundes. Sache des Bundes ist es also, die Grundsätze darüber aufzustellen, was als gesundheitsschädlich, was als gefälscht oder verfälscht zu gelten habe, und wie dies zu konstatieren sei. Da aber die Wirksamkeit der Kontrolle wesentlich von der Organisation der kontrollierenden Behörden abhängt, darf der Bund auch diese bestimmen, und zwar nicht nur indem er die Aufstellung einer Anzahl Behörden zur Ausübung bestimmter Funktionen postuliert, sondern auch indem er die innere Organisation jeder Behörde, soweit es ihm notwendig scheint, vorschreibt[2]. Sache der Kantone ist es aber, gemäss diesen Vorschriften die Organe zu bestellen.

Die *Aufsicht* des Bundes kann entweder darin bestehen, dass von den Kantonen Rechenschaft über die richtige Vollziehung des Gesetzes verlangt wird, oder aber dass die Geschäftsführung der kantonalen Ausführungsorgane unmittelbar kontrolliert wird, sei es von Amtes wegen, sei es auf Rekurs hin. Der b. r. Entwurf eines Lebensmittelgesetzes vom 23. Febr. 1899 hat sich damit begnügt, die Kantone zu jährlicher Berichterstattung über die Ausführung des Gesetzes zu verpflichten, und die eidg. Räte haben bis jetzt nichts daran geändert.

Die Kontrolle der *Einfuhr an der Landesgrenze* liegt dem Bunde ob (Abs. 3). Es ist daraus nicht zu entnehmen, dass an der Grenze von Verfassungs wegen eine Kontrolle bestehen soll, sondern dass die Kontrolle, soweit sie als notwendig befunden wird, dem Bunde obliegt und nicht den Kantonen. Die Grenzkontrolle, wie die im Innern des Landes, wurde in der Verfassung lediglich zu Zwecken der Gesundheitspolizei vorgesehen, und nicht zum Schutz der inländischen Produktion durch Erschwerung der Einfuhr[3]. Die Kontrolle an der Grenze darf daher gerade nach dem richtig verstandenen Willen der Verfassung den Verkehr nicht mehr hemmen, als dies zum angegebenen Zweck erforderlich ist. Zeigt es sich, dass der Verkehr weniger belästigt wird durch die Verlegung gewisser Kontrollmassregeln über eingeführte Waren ins Innere des Landes, so ist damit die B. V. keineswegs verletzt, denn sie verlangt die Kontrolle an der Grenze nicht um ihrer selbst willen, sondern nur zum Zweck der Gesundheitspolizei und insoweit es dieser

---

[1] Vgl. St. B., XIII, 416, Votum *v. Steiger*.

[2] St. B., IX, 264.

[3] Mögen auch die landwirtschaftlichen Kreise bei der Annahme des Verfassungsartikes den geheimen Wunsch, ihre Produktion zu schützen, gehabt haben. Vgl. St. B., IX, 255, 257, 260, 263, 277, 279—285; XIII, 418-419, 434, 517—519.

Zweck verlangt. Verlegt aber der Bund die Kontrolle über eintretende Waren ins Innere des Landes und überträgt er sie den Kantonen, so hat er sie dafür zu entschädigen, wie es *Python* im St. R. richtig ausführte[1]). Nach dem schon erwähnten b. r. Entwurf vom 28. Febr. 1899, der hierin im wesentlichen unverändert blieb, sollen die Aufsichtsorgane des Bundes an der Grenze in der Regel nur Proben entnehmen und sie, falls sie verdächtig erscheinen, durch die kantonalen Untersuchungsanstalten des Bestimmungsortes untersuchen lassen. Das ist durchaus verfassungsmässig.

5. Der Bund soll die Kantone auch in der Ausführung der Kontrolle im Inneren des Landes **finanziell unterstützen.** Die Unterstützung ist eine unbedingte und eine bleibende verfassungsmässige Pflicht des Bundes, sobald er von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch macht (vgl. Art. 27 bis, S. 252). Der b. r. Gesetzesentwurf, der gar keine Unterstützung der Kantone vorsah, war daher sicher nicht verfassungsgemäss, wie in der B. Vers. wiederholt bemerkt wurde. Das Mass der Unterstützung gibt aber die Verfassung nicht an; es soll nach Billigkeit durch den Gesetzgeber bestimmt werden. Die durch das Bundesgesetz bedingte Vermehrung der Auslagen der Kantone gibt keinen sicheren Massstab, weil die bisherigen Leistungen der Kantone sehr ungleiche sind[2]).

Art. 70.

Dem Bunde steht das Recht zu, Fremde, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, aus dem schweizerischen Gebiete wegzuweisen.

I. Geschichte[3]).

Die Geschichte der Fremdenpolizei in der Schweiz kann hier nicht dargestellt werden; sie ist aufs engste mit der inneren und äusseren politischen Geschichte des Landes verflochten. Die Aufnahme politischer Flüchtlinge hat seit der helvetischen Periode den auswärtigen Mächten Grund oder Vorwand zu zahlreichen Beschwerden geboten. — Die Beschlüsse der Tagsatzung über Einschränkung der Pressfreiheit und Fremdenpolizei (das sog. Fremdenkonklusum) wurden schon bei Art. 55 (S. 555) berührt. Kaum war die Angelegenheit der polnischen Flüchtlinge erledigt, so liefen neue Beschwerden ein gegen die Duldung deutscher und italienischer revolutionärer Komitees. Bisher hatte sich die Tagsatzung, die dem Ausland gegenüber das Verfahren der Kantone zu verantworten hatte, darauf beschränkt, den Kantonen die im völkerrechtlichen Interesse der Schweiz erforderlichen Massnahmen anzu-

---

[1]) St. B., IX, 262, 325.

[2]) Der vom St. R. am 27. Juni 1899 angenommene Entwurf, Art. 8 ter, sieht Bundesbeiträge von 40 % vor: *a.* an die Erstellungs- oder Einrichtungskosten von Untersuchungsanstalten; *b.* an die Betriebskosten der Laboratorien und an die Besoldungen der Chemiker und Lebensmittelinspektoren; *c.* an die Instruktionskurse für Lebensmittelinspektoren, Ortsexperten und Fleischbeschauer. — Der N. R. hat in seinem Entwurf vom 8. April 1904 die Beiträge für den ersten Zweck auf 40—50 % erhöht. St. B., XIII, 383, 477; XIV, 120.

[3]) S. *Langhard,* Das Recht der politischen Fremdenausweisung, Leipzig 1891.

empfehlen, ohne direkt in die Fremdenpolizei einzugreifen. An der Tagsatzung von 1836 beantrage *Zürich* die Vereinbarung eines Konkordates betr. die Bedingungen der Aufnahme von politischen Flüchtlingen, die Form und Vollziehung der polizeilichen Wegweisung u. a. m.

Der Antrag wurde an eine Kommission gewiesen; die Mehrheit beantragte einen Tagsatzungsbeschluss, durch welchen die Bundesbehörde ermächtigt würde, Verfügungen zu treffen und zu vollziehen, ohne dass die Mitglieder der Kommission über das Mass der Einschränkung der kantonalen Gewalt einig gewesen wären. Die Minderheit wollte von einer solchen Einschränkung nichts wissen. Am 11. Aug. 1836 wurde durch 13 Stände, zu denen später noch 6 hinzukamen, betr. die gegenwärtig in der Schweiz befindlichen Flüchtlinge beschlossen, 1. diejenigen Flüchtlinge oder Fremden, welche die gewährte Zuflucht missbraucht und die innere Sicherheit und Ruhe oder die Neutralität der Schweiz und ihre völkerrechtlichen Verhältnisse gefährdet haben, sollen aus dem schweizerischen Gebiet unter Mitwirkung des Vorortes gewiesen werden; 2. die Untersuchung und die Vollziehung im Einverständnis mit dem Vorort stehe bei den Ständen; 3. der Vorort habe über die Vollziehung dieser Beschlüsse zu wachen und bei Konflikten mit einem Stande mit Zuziehung des eidg. Repräsentantenrates zu entscheiden. — Die gleiche Kommission legte auch den Entwurf eines Konkordates vor, welches das Verfahren gegen unruhige Flüchtlinge für die Zukunft regeln sollte. Danach sollten die Kantone verpflichtet sein, eine strenge Kontrolle über die Fremden zu führen (Ausweispapiere), und die Aufenthaltsbewilligung nur durch die Zentralbehörde erteilen lassen; der aus genügenden Gründen weggewiesene Fremde sollte auf Kosten des wegweisenden Kantons und unter Mitwirkung des Vorortes an die Landesgrenze gebracht werden. Als genügende Gründe wurden bezeichnet, abgesehen von gemeinen Verbrechen: Die Eingehung einer geheimen Verbindung oder mit dem Zweck, Verbrechen zu verüben oder gewaltsame Unternehmungen gegen das Ausland zu veranstalten, und der Gebrauch falscher Papiere, die Täuschung über Namen und andern Verhältnisse z. Z. der Duldung. Bei Wegweisung aus andern Gründen konnte der Vorort die obige Vollziehung verfügen oder sie dem Kanton anheimstellen. Die Kantone verpflichteten sich, keinem Fremden, der aus der Eidgenossenschaft (durch den Vorort) weggewiesen worden war, den Aufenthalt zu gestatten oder das Bürgerrecht zu erteilen. — Diesem Entwurf traten aber nur 8 Stände bei, und er wurde 1838 wieder aus dem Abschied entfernt[1]).

In der *Revisionskommission von 1848* wurde vorgeschlagen, den Grundsatz aufzunehmen, dass dem Bund die Befugnis zustehe, die Fremden zu überwachen und in dieser Beziehung die nötigen Verfügungen zu erlassen. *Dagegen* wurde vorgebracht, den Bundesbehörden könne nicht die ganze Fremdenkontrolle an Stelle der Kantonalpolizei eingeräumt werden; seine Aufsicht könne nur bezwecken, die Kantone anzuhalten, Fremden, welche das Asyl missbrauchen, den Aufenthalt in ihrem Gebiet zu verweigern.

Der Antrag wurde darauf folgendermassen präzisiert: «Der Bund ist berechtigt, die Polizei über Fremde auszuüben, die ihr Asylrecht in den Kantonen dazu missbrauchen, die Ruhe der Nachbarstaaten zu

[1]) Repertorium der eidg. Abschiede 1814—1848, I, S. 912—946.

stören.» Dazu wurde noch bemerkt, dem Bunde müsse die deutliche Befugnis zustehen, gegen ruhestörerische Flüchtlinge einzuschreiten, und es wurde der Redaktion empfohlen, den Artikel so zu fassen, dass selbst *ein* Faktum genüge, um den Fremden ausweisen zu können. Die Redaktion gab darauf der Bestimmung die heutige Fassung.

Auf die Einwendung, ein solches Recht stehe natürlicherweise jeder freien Nation zu, wurde in zweiter Beratung erwidert, es sei bisher zweifelhaft gewesen, ob die Eidgenossenschaft dieses Recht wirklich gehabt, oder ob es nicht bloss den Kantonen zugestanden sei; i. J. 1836 habe man darüber wochenlang debattiert. Eine Überwachung der Fremden und ihres Treibens von seiten der Bundesbehörde sei um so mehr am Platze, als manche Regierung in Beziehung hierauf geneigt sein möchte, allzu grosse Nachsicht walten zu lassen[1]. — Der Artikel wurde in der Tagsatzung wesentlich mit der gleichen Begründung beibehalten. Der Antrag *Graubündens*, dem Bunde die Ausweisung erst dann zu gestatten, wenn der betreffende Kanton solche von sich aus zu verfügen unterlasse, wurde verworfen. Als selbstverständlich wurde betrachtet, dass die Kantone Fremde ebenfalls ausweisen können, doch jeder nur aus seinem Gebiet. Wohl als Entgegnung auf den Einwand, die Massregeln der Bundesbehörden könnten das Asylrecht beschränken oder selbst aufheben, wurde bemerkt: «In dem Artikel sei implicite dann auch die Gewährleistung des Asylrechts enthalten, indem man dessen Bestimmungen dahin auslegen könne, dass diejenigen Fremden nicht ausgewiesen werden dürfen, welche ruhig in der Schweiz leben und deren Sicherheit in keiner Weise gefährden[2].»

Der Artikel blieb in den Revisionsverhandlungen von *1872* und *1874* unverändert.

II. Auslegung[3].

1. Die **Fremdenpolizei** ist in der Regel Kantonssache, die Kantone entscheiden darüber, ob sie einen Fremden aufnehmen und dulden wollen; sie handhaben die polizeiliche Kontrolle über die in ihrem Gebiete befindlichen Fremden. Sie sind in der Ausübung dieser Befugnis nur durch die vom Bunde abgeschlossenen Niederlassungsverträge beschränkt, und durch die Befugnisse, welche die Art. 70 und 102, Ziffer 8 u. 9, B.V. dem Bunde übertragen. Die Kantone üben also in der Regel das Asylrecht, d. h. das Recht der Schweiz, Fremde, die kein Auslieferungsverbrechen begangen, aufzunehmen und so lange zu dulden, als sie ihren Aufenthalt nicht zu völkerrechtswidrigen Angriffen gegen das Ausland missbrauchen. Sie sind bundesrechtlich zur Asylgewährung nicht verpflichtet, es wäre denn, dass der Bund die Aufnahme von Fremden im völkerrechtlichen Interesse der Schweiz verfügte (vgl. unten Ziffer 3). Wenn die Kantone sich mitunter, zur Begründung ihres Anspruches auf Bundesunterstützung, auf den *eidgenössischen*

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 44, 156, 177.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 101.

[3]) *J. Langhard*, Das Recht der politischen Fremdenausweisung, Leipzig 1891. *Chantre*, Du séjour et de l'expulsion des étrangers, 1891. *Salis*, Artikel „Asylrecht". in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I. 353. *Blumer-Morel*, II, 240. *Kaiser*, Grundzüge schweizerischer Politik, 667. *Bertoni*, 220. *Schollenberger*, Kommentar, S. 468. Vgl. auch die Verhandlungen des schweiz. Juristenvereines i. J. 1890 über den eidg. Generalanwalt: Referat von *Ulrich*, Zeitschrift, IX, 1890, 495 ff., 533 ff.

Grundsatz der Asylgewährung beriefen, so beruhte dies auf Irrtum. (B. Bl. 1865, III, 882; vgl. 1865, I, 177); auch der B. R. äusserte sich schon in diesem Sinn (B. Bl. 1870, III, 150; 1865, I, 177. Das Asylrecht ist eine Maxime schweizerischer Politik, aber kein Bundesrechtssatz.

2. Die **äussere Sicherheit** ist nicht nur dann gefährdet, wenn die Schweiz in ihren militärischen Verteidigungsmitteln geschwächt[1]) oder unmittelbar vor die Gefahr eines Krieges gestellt wird, sondern auch dann, wenn ihre guten Beziehungen zu andern Staaten möglicherweise getrübt werden, oder wenn die Schweiz solche Gefahren nur durch einen unverhältnismässigen Aufwand von Kraft und Kosten verhüten kann[2]). Die Ausweisung ist nach Art. 70 dem Bunde stets erlaubt, wenn die Schweiz den Fremden ohne Verletzung ihrer völkerrechtlichen Pflichten, seien es nun wichtige oder unwichtige, nicht weiter dulden kann (B. Bl. 1858, II, 258). Aber auch dann schon, wenn es nach Ermessen der politischen Behörde das gute Einvernehmen mit andern Staaten erheischt, auch wenn die Schweiz zur Ausweisung rechtlich nicht verpflichtet wäre. Es kann für den Bund die politische Notwendigkeit eintreten, einer auswärtigen Macht Konzessionen zu machen; er soll es auch auf Kosten einzelner Ausländer tun können, ohne durch eine zwingende Rechtsvorschrift gebunden zu sein. An ihm ist zu entscheiden, inwieweit solche Konzessionen mit der Würde der Schweiz vereinbar sind. Fremde können durch ihre blosse Anwesenheit oder durch ihre grosse Zahl die äussere Sicherheit der Schweiz gefährden; sie können ausgewiesen werden, ohne dass sie das Asyl schuldhafterweise missbraucht hätten[3]). Durch Beschluss vom 16. Juli 1849 z. B. (B. Bl. 1849, II. 254) wies der B. R. alle politischen und militärischen Chefs, sowie auch die andern Hauptführer, die sich an den Aufständen in Rheinbayern und Baden beteiligt hatten, sofort nach ihrer Ankunft in der Schweiz wieder aus, lediglich aus Gründen der äusseren Sicherheit.

Den politischen Flüchtlingen der 1850er Jahre wurde verboten, sich in politischen Vereinen zur Unterstützung der Revolution im Ausland zu organisieren, revolutionäre Schriften ins Ausland zu senden oder gar Waffen auf schweizerichem Gebiet zu sammeln. Vgl. B. R. B. vom 15. Feb. 1858 (B. Bl. 1858, I, 102).

Die *innere Sicherheit* der Eidgenossenschaft ist gefährdet durch Handlungen, welche gegen die verfassungsmässigen, genauer die politischen Einrichtungen des Landes oder der Kantone gerichtet sind, oder welche die öffentliche Ordnung bedrohen, sei es durch grundsätzliche Bekämpfung der Autorität des Gesetzes überhaupt, sei es durch Aufreizung einer Gesellschaftsklasse gegen die andern, der Bevölkerung gegen die Behörden oder durch Störung der guten Beziehungen unter den Kantonen. Wenn durch solches Benehmen die unmittelbare oder mittelbare Gefahr entsteht, dass die öffentliche Ordnung gestört werde, ist die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährdet und kann der Bund zur Ausweisung der dazu, verschuldeter- oder unverschuldeterweise, Anlass gebenden Fremden schreiten.

---

[1]) *Salis,* IV, Nr. 2066. 2075, durch Entwendung militärischer Geheimnisse.

[2]) B. Bl. 1849, I, 159. Bericht der Mehrheit der St. R. K. über den Genferrekurs. vom 24. Juli 1858. B. Bl. 1858, II, 354. *Salis,* IV, Nr. 2064, I.

[3]) Kreisschreiben des B. R. vom 23. Juli 1849, B. Bl. 1849, II, 288. Geschäftsbericht für 1852, B. Bl. 1853, II, 39.

Die *Ausweisung* ist eine im Dienste der äusseren oder inneren Politik getroffene Polizeimassregel, keine Strafe[1]. Der Auszuweisende braucht keine strafbare Handlung begangen zu haben. Hat er ein schweizerisches Strafgesetz verletzt, so kann er vor den schweizerischen, eidg. oder kantonalen, Strafrichter gestellt und von diesem ausgewiesen werden; hat er das ausländische Strafgesetz übertreten, so kann er von der Schweiz ausgeliefert werden, wenn das Verbrechen ein Auslieferungsdelikt ist. Ist es kein Auslieferungsdelikt, z. B. ein politisches, so *darf* er nicht ausgeliefert werden; der B. R. konnte daher in Anwendung der internationalen Auslieferungsnormen den Kantonen verbieten, Fremde, die nicht dürften ausgeliefert werden, auf dem Wege administrativer Ausweisung der Justiz des verfolgenden Staates zu übergeben, da dies der Auslieferung gleichkäme[2].

Während sich die Bundesbehörde unter der Verfassung von 1848 hauptsächlich mit politischen Flüchtlingen zu befassen hatte, die mit der politischen Verfassung ihres Heimatstaates in Konflikt geraten waren, gaben ihr seit 1874 hauptsächlich *Anarchisten* Anlass zum Einschreiten im Interesse sowohl der internationalen Beziehungen als auch ihrer inneren Sicherheit[3]. Der B. R. befolgte dabei den Grundsatz, dass das blosse Bekennen anarchistischer Ansichten, die ordnungsfeindliche Gesinnung, zur Ausweisung nicht genüge, weshalb z. B. das Gesuch des Kantons Bern um Ausweisung des Dr. H. Müller durch Beschluss vom 28. Juli 1893 (B. Bl. 1893, III, 863; *Salis* IV, Nr. 2040) abgewiesen wurde, wohl aber die Betätigung derselben oder auch nur die anarchistische Propaganda in Wort und Schrift. Wie streng in jedem Zeitpunkt zu verfahren sei, ist eine Frage politischer Klugheit. Kompetent ist aber der Bund, auch solche Fremde auszuweisen, die anarchistische Theorien verbreiten, denn da die anarchistische Lehre die bestehende Autorität gewaltsam umstürzen will, ist u. U. schon das Verkünden dieser Lehre staatsgefährlich[4]. Es genügt auch, dass der Fremde sich vor seinem Aufenthalt in der Schweiz habe Handlungen genannter Art zu schulden kommen lassen, um als gefährlich zu erscheinen und ausgewiesen werden zu können (*Salis*, IV, Nr. 2078). Der B. R. machte sich zur Regel, dass gegen jeden Ausgewiesenen bestimmte, wenn auch nicht unwiderleglich nachgewiesene Tatsachen vorliegen müssen (*Salis*, Nr. 2040), z. B. Verfassen oder Verbreiten anarchistischer Manifeste, aufreizende Reden (*Salis*, a. a. O. Nr. 2071, 2078), Aufbewahren explosiver Stoffe oder Bestandteile solcher, Teilnahme an einer anarchistischen Organisation, Verbindungen oder Korrespondenz mit Urhebern eines Attentats (*Salis*, Nr. 2067), Verbergen von Anarchisten oder Abhaltung

---

[1] „Nicht die Handlung an und für sich, sondern die Folgen, welche dieselbe nach sich ziehen kann, sind da das Entscheidende." Votum *Kurz* im N. R. 1899. St. B. IX, 950. Bericht des B. R. an den St. R. über die von *Genf* erhobene Beschwerde wegen Anwendung des Art. 57 B. V., vom 17. Juli 1858. B. Bl. 1858, II, 258. Bericht der Kommissäre *Dubs* und *Bischoff* im gl. S., vom 29. Juni 1858, ibid. 275. *Salis*, IV, S. 659. *Langhard*, a. a. O. S. 46

[2] Kreisschreiben des B. R. vom 20. Juli 1849; B. Bl. 1849, II, 286. Kreisschreiben vom 5. Aug. 1870. B. Bl. 1870, III, 151. *Ullmer*, I, Nr. 33.

[3] Vergl. *J. Langhard*, Die anarchistische Bewegung in der Schweiz, Berlin 1903. *Grenlich*, Artikel „Anarchismus" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 54.

[4] *Salis*, IV, Nr. 2084. Die blosse Besprechung sozialer Fragen und Lehren, auch der anarchistischen, auf einem Sozialisten-Kongress in Capolago (Tessin) wurde nicht verboten. *Salis*, IV, Nr. 2042.

anarchistischer Zusammenkünfte (*Salis*, Nr. 2080); auch das Sichsolidarischerklären mit anarchistischen Verbrechern genügt m. E. (*Salis*, Nr. 2055, 2058 a. E., 2069, 2074 u. a.). Beleidigende Kritik fremder Souveräne oder Zustände, anarchistische Umtriebe gegen das Ausland veranlassten mehrere Ausweisungen (*Salis*, Nr. 2073, 2083—2088)[1]. Der Umstand, dass der Fremde im Auftrag einer auswärtigen Regierung oder Polizeibehörde handelt, als agent provocateur, sichert ihm natürlich keine mildere Behandlung; vielmehr wird dadurch auch die auswärtige Regierung für diese Verletzung völkerrechtlicher Pflichten verantwortlich. Der B. R. hat mehrmals solche Polizeispione ausgewiesen (*Salis*, Nr. 2063, vgl. 2061, 2068. Kreisschreiben des B. R. vom 1. Aug. 1849, B. Bl. 1850, III, Gesch.-Ber. S. 138. *Ullmer*, I, Nr. 325.).

3. Der Bund hat nur das Recht, **Fremde** auszuweisen, nicht Schweizer. Bisher waren es nur Ausländer, welche die innere oder äussere Sicherheit der Schweiz durch anarchistische Anschläge oder politische Umtriebe gefährdeten; morgen können es aber Schweizerbürger sein. Diesen gegenüber besitzen weder der Bund noch die Kantone die Waffe der Ausweisung, noch anderer administrativer Zwangsmassregeln, wie Internierung; es gelten nur die Strafgesetze über Verbrechen gegen die äussere und innere Sicherheit der Eidgenossenschaft und der Kantone (Art. 36—40, 45—52 des B. St. R. vom 4. Feb. 1853). Auch als Strafe ist die Landesverweisung den Kantonen gegenüber Schweizerbürgern verboten (Art. 44, Abs. 1, u. 60 B. V.); das B. St. R., Art. 2 u. 5, sieht sie allerdings noch vor, es ist aber fraglich, ob sie die B. V. von 1874 nicht aufgehoben hat.

Selbstverständlich kann der Bund *jeden* Fremden, der sich gefährlich erweist, ausweisen, nicht bloss politische Flüchtlinge, wie der Kt. Genf 1858 behauptete[2].

4. Die B. V. gibt dem Bunde das Recht, Fremde, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden, **auszuweisen**. Darin ist sicher auch enthalten, dass der Bund solchen Ausländern, die sich bereits als gefährlich erwiesen haben, den Aufenthalt in der Schweiz von vornherein verweigern kann. Das tat z. B. der B. B. vom 27. November 1848 (*Ullmer*, II, Nr. 922), indem er dem Kanton Tessin untersagte, neue Flüchtlinge aufzunehmen. Es ist daher nicht richtig, dass der Bund erst dann einschreiten kann, wenn ein Kanton dem Fremden bereits Asylrecht gewährt hat, wie der B. R. in seinem Bericht vom 6. Nov. 1865 über die polnischen Flüchtlinge ausführte (B. Bl. 1865, III, 885). Um so mehr kann der B. R. denjenigen den Wiedereintritt in die Schweiz verweigern, die er schon einmal ausgewiesen (*Ullmer*, I, Nr. 332, S. 331—332). Wie die Niederlassungsentziehung des Art. 45 kann die Ausweisung des Art. 70 rechtlich auch noch erfolgen, nachdem der Betroffene das Schweizergebiet verlassen hat. — Und endlich kann einem Ausländer auch nur der Aufenthalt in einem Teil der Schweiz, z. B. in den Grenzkantonen, untersagt werden, wie es gegen-

---

[1]) Um so mehr hätte der B. R. den gegen die gesetzliche Ordnung in Italien von Anarchisten organisierten Italienerzug im Mai 1898 verhindern sollen. *Salis*, Nr. 2082. *Langhard*, a. a. O., S. 83 ff. führt die jeweiligen Gründe an, aus welchen die von 1848—1890 verfügten Ausweisungen stattgefunden haben.

[2]) B. Bl. 1858, II, 249, 263, 353: *Ullmer*, I, Nr. 330. Über die Ausweisung von Bischof Mermillod s. oben S. 510. *Langhard*, 44 f., 67, 73.

über Mazzini geschah durch B. R. B. vom 10. Mai 1869 (B. Bl. 1869, II, 17). Art. 63 des B. St. R. vom 4. Febr. 1853 bestraft Landesfremde, welche in Anwendung von Art. 70 der B. V. polizeilich weggewiesen wurden und ohne Erlaubnis der zuständigen Bundesbehörde zurückkehren, mit Geldbusse, mit welcher in schwereren Fällen Gefängnis bis auf 2 Jahre verbunden werden kann. Eine Anzahl Fälle, in denen die Bundesbehörde den Aufenthalt Ausgewiesener wieder gestattete, erwähnt *Langhard* a. a. O. S, 95, 96.

Dagegen kann der Bund kraft Art. 70 B. V. die Kantone nicht *zur Aufnahme* eines Ausländers *zwingen*. Nimmt daher ein Kanton einen Ausländer auf, so ist er allein für die Folgen verantwortlich; er kann sie weder auf den Bund noch auf andere Kantone übertragen. Der Bund wich von diesen Grundsätzen, die er stets als die Regel hinstellte (*Ullmer*, I, Nr. 322), nur ab, wenn er erachtete, die Ehre der Schweiz verlange die Aufnahme oder weitere Duldung politischer Flüchtlinge, oder wenn die Grenzkantone durch die Macht der Umstände gezwungen waren, solche Flüchtlinge aufzunehmen.

Als in den Jahren 1848—1849 italienische Flüchtlinge massenhaft in den Kanton Tessin übertraten, wies der eidg. Repräsentant im Tessin und später die B. Vers. durch Beschluss vom 27. Nov. 1848 den Kanton Tessin an, die italienischen Flüchtlinge aus dem Kantonsgebiet zu entfernen und in die übrige Schweiz zu internieren; und um die ungleiche Belastung und Konflikte zu verhindern, verteilte er die Flüchtlinge selber unter die Kantone und stellte die Aufsicht über sie unter eidg. Leitung[1]). Das Gleiche geschah mit den bald darauf eingetroffenen deutschen Flüchtlingen aus dem badischen und bayrischen Aufstande[2]) und mit französischen Flüchtlingen, die in den deutschen Kantonen interniert wurden[3]). Um diese Verteilung leichter bewerkstelligen zu können, übernahm der Bund auch einen Teil der Kosten, ohne indessen die Pflicht dazu grundsätzlich anzuerkennen; er zahlte nämlich den Kantonen laut B. B. vom 8. Aug. 1849 35 Rappen per Tag und per Kopf an die Verpflegungskosten[4]); er übernahm ausserdem die Reisekosten für die ins Ausland gehenden und die Gefahr der Heimatlosigkeit.

Die Kompetenz des Bundes, diese Flüchtlinge zu internieren, d. h. sie auf gewisse Kantone zu verteilen und jeden Kanton zur Aufnahme der ihm zugeschiedenen zu zwingen, war nicht im Art. 70, sondern in den Art. 85, Ziffer 6, und 102, Ziffer 8. u. 9, B. V. enthalten, wie der B. R. in seinem Berichte vom 17. Juli 1858 über den Genfer Kompetenz-Konflikt (B. Bl. 1858, II, 241) und die Genfer Kommisson in ihrem Bericht vom 29. Juni 1858 (B. Bl. 1858, II, 276) richtig bemerkten; das Recht der Internierung ist im Recht der Ausweisung nicht mitenthalten, wie der B. R. im erwähnten Bericht ebenfalls behauptete und die

---

[1]) Kreisschreiben des B. R. vom 5. u. 12. Juli 1849, B. Bl. 1849, II, 213.

[2]) Kreisschreiben des eidg. Justizdepts. vom 17. Juli 1849, B. Bl. 1849, II, 283. Die deutschen Flüchtlinge sollten wenigstens 8 Stunden von der Grenze Basel-Konstanz interniert werden. Eine neue Verteilung wurde durch B. R. B. vom 12. Aug. 1850 auf Grundlage der Volkszahl vorgenommen. B. Bl. 1850, II, 437. B. R. B. 15. Feb. 1858 betr. Internierung der italienischen und französischen Flüchtlinge, B. Bl. 1850, I, 102.

[3]) B. Bl. 1851, II, 377; Bericht des Justizdepartements vom 28. Feb. 1851, B. Bl. 1851, I, 343.

[4]) Bericht des B. R. vom 4. Aug. 1849; Bericht der N. R. K. vom 7. Aug. B. Bl. 1849, II, 360, 381, 387—388.

B. Vers. durch die Erwägungen des Beschlusses vom 27. Juli 1858 bestätigte (B. Bl. 1858, II, 371; *Ullmer*, I, Nr. 330); denn gegenüber den Kantonen bedeutet die Internierung eine weitergehende Befugnis als die Ausweisung.

Als im Jahre 1864 mehrere Hundert polnische Flüchtlinge in die Schweiz kamen, forderte und rechtfertigte die äussere Sicherheit der Schweiz wegen der zu grossen Entfernung von der russischen Grenze eine Internierung nicht. Der B. R. überliess es auch anfangs den Kantonen, sich mit dieser Schwierigkeit abzufinden. Später, durch Kreisschreiben vom 8. Juni 1864, empfahl er ihnen, um die Kantone St. Gallen und Zürich zu entlasten und gegenseitiges Ab- und Zuschieben der Flüchtlinge zu vermeiden, die Polen unter sich zu verteilen und wirkte dabei tätig mit; endlich aber, als dieses Mittel nicht genügte, übernahm der Bund selbst die Oberleitung, teilte jedem Kanton eine Anzahl Flüchtlinge zu und zahlte ihnen einen Beitrag an die Verpflegungskosten der Bedürftigen von 70 Rappen per Tag und per Kopf. Zugleich mit der eidg. Kontrolle über die Flüchtlinge hörten diese Beiträge Ende Mai, z. T. schon Ende März 1865 auf, mit Ausnahme einiger Kranker und Verwundeter; desgleichen die Verantwortlichkeit des Bundes für Heimatlosigkeit. Der Bund begründete seine Kompetenz zu diesen Zwangsmassregeln damit, weil eine einheitliche, über den Kantonen stehende Leitung zur Vermeidung von Konflikten unter den Kantonen und auch mit den Nachbarstaaten notwendig sei; gegenüber Genf, welches Polen so wenig als andern Fremden Unterstützung gewähren wollte, wurde nicht ganz zutreffend bemerkt, politische Flüchtlinge dürfen nicht wie andere hülfsbedürftige Fremde behandelt werden, sonst werde das Asylrecht zerstört[1]). Was die Kompetenzfrage betrifft, so berechtigte den Bund allerdings weder die Gefährdung der äusseren noch der inneren Sicherheit zu so weitgehenden Massregeln. Mit mehr Recht konnte er sich auf die Wahrscheinlichkeit interkantonaler Konflikte berufen. Wenn zwischen Kantonen Konflikte entstehen, wie sie damals unvermeidlich bevorstanden, so muss eine Bundesbehörde schlichtend eingreifen können, und da die Konflikte über die Aufnahme der Flüchtlinge nur auf dem Verwaltungswege gehoben werden konnten, musste der B. R. und nicht die B. Vers., heute das B. Ger., einschreiten. Dabei ist bloss zu bemerken, dass ein eigentlicher Rechtsstreit nicht vorlag, da es nach allgemein anerkannten Grundsätzen feststeht, dass, solange der Bund nicht einschreitet, jeder Kanton frei ist, Flüchtlinge aufzunehmen oder abzuweisen, dass er aber, wenn er sie aufnimmt, die Last allein zu tragen hat. Indessen waren die Grenzkantone tatsächlich nicht frei, die aus den Nachbarstaaten hinausgedrängten Flüchtlinge abzuweisen, und wenn je, so war der dadurch entstandene Interessenkonflikt zwischen den Kantonen zu eidgenössischer Intervention geeignet (vgl. oben S. 166).

Der Fahnenflüchtigen und Fahnenscheuen (Deserteurs und Refraktärs), die sich i. J. 1870 auch ziemlich zahlreich in die Schweiz flüchteten, nahm sich der B. R. nicht mit gleicher Fürsorge an, z. T. um diese Delikte nicht zu begünstigen; er liess den Kantonen vollständige Freiheit in der Ausübung ihrer normalen Kompetenzen. Kreisschreiben

[1]) Gesch. Ber. für 1864, B. Bl. 1865, II, 217. Bericht vom 15. Feb. 1865; B. Bl. 1865 I, 167, 177, 178. Bericht vom 6. Nov. 1865; B. Bl. 1865, III, 877.

des B. R. vom 5. Aug. 1870 (B. Bl. 1870, III, 150; *Ullmer,* II, Nr. 926; I, Nr. 324, 331; II, Nr. 1335).

5. Die **Vollziehung** der vom B. R. verfügten Ausweisungen oder Internierungen wurde bisher im wesentlichen den Kantonen überlassen. In den Jahren massenhafter Flüchtlingseinwanderung sandte der B. R. mehrmals Kommissäre in die Kantone Tessin (wohin die Tagsatzung 1848 noch einen Repräsentanten abgeordnet hatte), Genf und die Kantone der Nordgrenze, um den Anordnungen der Bundesbehörde Vollziehung zu verschaffen. Das eidg. Justizdepartement führte die Kontrolle über alle ein- und austretenden Flüchtlinge, verteilte sie unter die Kantone und der B. R. verhandelte mit Nachbarstaaten behufs Übernahme der Flüchtlinge oder Gestattung kostenloser Durchreise. Von diesen Ausnahmefällen abgesehen lag und liegt noch jetzt die Vollziehung allein bei den Kantonen. Die durch B. Ges. vom 28. Juni 1889 (A. S., XI, 243) als ständige Behörde geschaffene Bundesanwaltschaft hat nur vorbereitende Funktion; sie soll die zur Überwachung gefährlicher Ausländer dienlichen Erkundigungen einziehen, wobei sie wesentlich auf die Mitwirkung der kantonalen Polizeiorgane angewiesen ist, diese Erkundigungen zentralisieren und an Hand derselben dem B. R. Anträge auf Ausweisung unterbreiten. Die Vollziehung der vom B. R. gefassten Beschlüsse ist aber Sache der Kantone.

Ob der Bund *eigene Vollziehungsorgane* zu schaffen befugt wäre, mag fraglich erscheinen; m. E. steht verfassungsrechlich nichts entgegen, dass er diejenigen Organe schaffe, die seiner speziellen Aufgabe entsprechen, sofern sich ihre Befugnisse von denjenigen der kantonalen Fremdenpolizei getrennt halten lassen; der Bund könnte daher auch Polizeiorgane schaffen zur Überwachung der Fremden, wenn sich solches als notwendig erweisen sollte. Sicher ist aber, dass der Bund auch berechtigt ist, die Vollziehung den Kantonen zu überlassen, und dass die Kantone zur Vollziehung verpflichtet sind. So stellte man sich gewiss das Verhältnis vor, als man die Bestimmung des Art. 70 schuf. Es ergibt sich daraus, dass grundsätzlich die *Kosten* dieser Vollziehung auch auf die Kantone fallen. Die Kantone sind nicht nur zur Vollziehung der b. r. Beschlüsse verpflichtet, sondern auch zur Ermittlung derjenigen Erkundigungen, ohne welche der Bund die Gefährlichkeit von Ausländern nicht beurteilen kann[1]). Die Ausübung einer strengen und wohlgeordneten Fremdenkontrolle überhaupt kann in aufgeregten Zeiten zur bundesrechtlichen Pflicht der Kantone werden.

6. Diese Frage ist von der weiteren unabhängig, ob Art. 70 durch ein **Ausführungsgesetz** zu erläutern sei, wie es mehrfach vorgeschlagen wurde[2]). Durch ein Ausführungsgesetz würde nicht das Verhältnis von Bund und Kanton berührt, sondern dasjenige von B. R. und B. Vers., indem die Bewegungsfreiheit des B. R. dadurch beschränkt würde. Eben deshalb wurde bis jetzt m. E. mit Recht davon abgesehen.

---

[1]) Der Kanton Genf setzte in den Jahren 1849 bis 1858 dem B. R. beharrlichen Widerstand entgegen; er beanspruchte u. a. das Recht, die b. r. Verfügungen zu bestätigen, und hielt dem Verlangen des B. R. um Mitteilung des Verzeichnisses der Mitglieder eines Vereins die Einrede entgegen, er besitze nach genferischem Recht weder administrative noch gerichtliche Mittel, um dieses Verzeichnis zu erhalten. B. Bl. 1850, III, 380 ff.; 1858, II, 241, 260, 274, 278.

[2]) *Salis,* IV, Nr. 2035, 2037. B. Bl. 1858, II, 253, 361; 1870, II, 182. Zeitschrift, IX, 1890, 497.

7. Die Frage, ob **der B. R. endgültig** über die Ausweisung Fremder **zu entscheiden** habe, oder ob der B. Vers. ein Recht der Entscheidung in zweiter Instanz zustehe, wurde mehrmals aufgeworfen; im mehrerwähnten Genferrekurs von 1858 wurde sie von den berichterstattenden Kommissionen und von der B. Vers. selbst im B. B. vom 27. Juli 1858, mit allerdings sich widersprechenden Erwägungen, verneint (B. Bl. 1888, II, 363, 371)[1]); ebenso im Falle Gehlsen durch B. B. vom 15. Dez. 1879, aber auch mit etwas widersprechender Begründung (B. Bl. 1879, II, 989: St. B., IX, 981); entscheidend endlich im Fall Germani durch B. B. vom 22. Dez. 1899. St. B., IX, 947 ff., 1002, 1031. *Salis,* II, Nr. 276, 522; IV, Nr. 2049.

Indessen ist daran zu erinnern, dass die B. Vers. unter der Verfassung von 1848 von sich aus mehrere Beschlüsse traf über Internierung von Flüchtlingen und Nichtaufnahme neuer: B. B. vom 27. Nov. 1849, *Ullmer,* II, Nr. 922, und über die Kosten der Internierung: B. B. vom 8. Aug. 1849 (B. Bl. 1849, II, 388), und B. B. vom 23. Sept. 1864 (B. Bl. 1864, II, 783). Die im Falle Germani getroffene Entscheidung ist richtig (vgl. Art. *85,* Ziff. 12, und *102,* Ziff. 2). Der B. R. ist der B. Vers. für den Gebrauch, den er von Art. 70 B. V. macht, verantwortlich; *er* entscheidet aber darüber.

Es ist klar, dass eine mit der auswärtigen Politik so eng verflochtene Kompetenz in den gleichen Händen liegen muss, wie diese; auch wurde mit Recht bemerkt, das Beschwerderecht hätte für den Ausgewiesenen nur dann Wert, wenn es Suspensiveffekt hätte; ein Beschwerderecht mit dieser Wirkung würde aber den B. R. lähmen.

Die Beschwerde könnte übrigens nicht auf Art. 70 B. V. gestützt werden, weil diese Bestimmung für den Fremden nicht das Recht begründet, im Lande zu wohnen, sondern für den Bund (im Gegensatz zu den Kantonen) das Recht, ihn auszuweisen; der Fremde muss sich vielmehr auf den Niederlassungsvertrag seines Heimatstaates mit der Schweiz berufen. Vgl. O. G. Art. 189, Abs. 4[2]).

Gegenüber Art. 70 kann der Fremde auch keine andern verfassungsmässigen Individualrechte geltend machen, z. B. die Pressfreiheit oder das Vereinsrecht (vgl. unten Art. 102, Ziff. 2), und zwar schon deshalb nicht, weil sein Recht zur Betätigung der Press- oder Vereinsfreiheit das Recht auf Niederlassung voraussetzt. Es ist daher auch kein verfassungswidriges Vorgehen, wenn dem Fremden der Aufenthalt nur unter der Bedingung erlaubt wird, dass er sich solcher, sonst verfassungsmässig garantierter Handlungen enthalte, welche die innere oder äussere Sicherheit der Eidgenossenschaft gefährden würden.

---

[1]) Im Falle *Carli* hatte der B. R. nur eine Beschwerde gegen Ausweisung aus dem Kanton Tessin durch den Tessiner Staatsrat zu entscheiden auf Grund des Niederlassungsvertrages mit Italien. B. Bl. 1869, III, 551, 566; 1871, II. 365.

[2]) Vgl. die Verhandlungen der B. Vers. über den Rekurs Germani; St B., IX, 947 ff. namentlich die Voten von B. R. *Brenner,* 969, *Brosi,* 989, *Hilty,* 992, *Isler,* 1017.

Zweiter Abschnitt.

Bundesbehörden.

I. Bundesversammlung.

Art. 71.

Unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone (Art. 89 und 121) wird die oberste Gewalt des Bundes durch die Bundesversammlung ausgeübt, welche aus zwei Abteilungen besteht:

A. aus dem Nationalrat,

B. aus dem Ständerat.

I. Geschichte[1].

Wie die Einrichtung der Bundesversammlung selbst erst 1848 geschaffen wurde, so finden sich auch in den früheren Bundesverfassungen keine dem Art. 71 inhaltlich entsprechenden Bestimmungen. Indessen mag verwiesen werden auf Art. 15 des *Vertragsentwurfs vom 10. Mai 1814*[2]: «Die souveränen Kantone übertragen die in den nachfolgenden Artikeln festgesetzten Rechte und Befugnisse einer Tagsatzung, welche die oberste Bundesbehörde der schweizerischen Eidgenossenschaft ist.» Der *Bundesvertrag* von 1815 erhielt die blassere Ausdrucksweise § VIII, Abs. 1: «Die Tagsatzung besorgt, nach den Vorschriften des Bundesvertrags, die ihr von den souveränen Ständen übertragenen Angelegenheiten des Bundes. . . . .»

Der *Entwurf von 1833* bestimmte in Art. 39, wörtlich gleichlautend wie derjenige von 1832 (Art. 43): «Die oberste Bundesbehörde ist die Tagsatzung, in welcher die Kantone gleiches Stimmrecht ausüben.»

In der *Revisionskommission von 1848* gingen die Ansichten über die Organisation der obersten Bundesbehörde weit auseinander. Einige Mitglieder wollten beim bisherigen Systeme bleiben, wogegen gewiss richtig eingewendet wurde, wenn die Kantone durch die neue Verfassung wichtige

[1]) *Blumer-Morel*, I, 149—154; III, 1—7.

[2]) *Kaiser* und *Strickler*, T, S. 166.

Kompetenzen auf den Bund übertragen, so werde die Machtbefugnis der kleinen Kantone gegenüber derjenigen der grossen um so viel erweitert. Die Kommission beschloss denn auch bald mit Mehrheit, die bisherige Vertretung könne nicht unverändert gelassen werden. Um dem nationalen Momente Rechnung zu tragen, wurde beantragt, dass nur bei wichtigeren Gegenständen nach Instruktionen gestimmt werde, oder dass die grösseren Kantone eine grössere Anzahl Vertreter und Stimmen erhalten. Andere schlugen eine auf rein nationaler Grundlage ruhende Vertretung vor, gewählt im Verhältnis der Bevölkerung und in eidgenössischen Wahlkreisen, ohne Rücksicht auf die Kantone.

Endlich wurde ein System von zwei Räten in verschiedenster Ausgestaltung empfohlen, mit der stets wiederkehrenden Begründung, in der obersten Bundesbehörde müssen die zwei Elemente der schweizerischen Staatenbildung, die schweizerische Nation und die Stände, vertreten sein. — Die 1. Sektion wurde beauftragt, Anträge darüber vorzulegen und, sie beantragte eine aus einem Repräsentantenrat und einer Tagsatzung bestehende Bundesversammlung; der Repräsentantenrat war eine nationale, auf Grund der Bevölkerung zu wählende Vertretung, die Tagsatzung eine Versammlung instruierter Vertreter der Kantone wie bisher; beide Räte sollten stets vereint beraten, je nach dem Gegenstand aber vereint oder getrennt abstimmen. Eine Minderheit der Sektion teilte die Befugnisse selbst in solche, die beiden Räten zusammen, und solche, die bloss einem oder dem andern zustanden. Die Kommission entschied mit Mehrheit zuerst für Vertretung des nationalen und kantonalen Prinzips, und sodann für das System der Sektionsmehrheit.

In der Diskussion über die Tagsatzung wurde aber das Zweikammersystem nach amerikanischem Muster vorgeschlagen, d. h. zwei gleichgestellte Kammern mit gleichen Kompetenzen. Trotz der Befürchtung mancher Kommissionsmitglieder, dass zwischen zwei auf so verschiedenem Boden stehenden Versammlungen eine Einigung schwer zustande kommen werde, wurde das Zweikammersystem beschlossen, in erster Beratung mit der Einschränkung, dass, wenn über einen von der Volkskammer gefassten Beschluss in der Ständekammer während der Dauer der Session sich keine Mehrheit ergebe, der Beschluss der Volkskammer in Kraft trete; diese Einschränkung wurde in zweiter Beratung fallen gelassen. Die Volkskammer wie die Ständekammer erhielten schon damals im wesentlichen ihre heutige Organisation, und ihre heutigen Namen. Art. 55 des Kommissionsentwurfs lautete wie Art. 60 der B. V. von 1848[1]).

Die Verhandlungen der Tagsatzung bewegten sich vorzüglich in grundsätzlichen Erörterungen. *Zürich, Bern, Aargau* und andere Stände befürworteten lebhaft die Einsetzung einer einzigen Kammer, des Nationalrates, weil der Ständerat die gesetzgeberische Entwicklung stets lähmen werde. *Wallis* und *Thurgau* sprachen sich für eine einzige, aus Vertretern der Nation und der Kantone zugleich bestehende Kammer aus, *Thurgau* mit einem Sanktionsrecht der Kantone bei wichtigen Gegenständen. *Schaffhausen* stellte die extreme Alternative: entweder Einheitsstaat oder Verbleiben beim bisherigen Staatenbunde. Die Tag-

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 71—82, 100—132, 156, 177—181.

satzung sprach sich aber mit 13 Stimmen, denen sich *Schaffhausen* später selber zugesellte, für das Zweikammersystem der Kommission aus [1]).

Der B. R. beantragte in seiner *Botschaft vom 17. Juni 1870* keine Veränderung in der Organisation der B. Vers. Die N. R. K. dagegen beschloss das Referendum des Volkes und der Kantone und das Initiativrecht des Volkes; die Redaktionskommission ergänzte deshalb Art. 60 durch die Worte: «Unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone (Art. 3, 59*a*, 81bis und 114) wird die oberste Gewalt ...», wobei die Kommission nur das Zitat des Art. 3 strich [2]).

Im N. R. beantragte *Bleuler* die Aufhebung des Ständerates; wenn das Referendum eine grössere Ausdehnung erhalten sollte und vom Votum der Kantone Umgang genommen würde, wäre der St. R. unnötig und sogar, wenn er mit dem Volkswillen in Widerspruch gerate, gefährlich. *Dagegen* wurde u. a. ausgeführt, die Befürchtungen, die man gegen den St. R., als eine neue Auflage der Tagsatzung, gehegt habe, seien durch die Erfahrung widerlegt; im Gegenteil habe der St. R. oft selbst den freieren Gesichtspunkt vertreten und habe sich keineswegs als Hemmschuh für die natürliche Entwicklung erwiesen. Der Antrag wurde mit 64 gegen 7 St. abgelehnt [3]). — Im St. R. stellte *Fazy* den Antrag, dem Grundsatz der Trennung der Gewalten durch folgenden Zusatz zu Art. 71 Ausdruck zu geben: «Die Bundesgesetzgebung ist diesen zwei Räten übertragen, die vollziehende Gewalt einem Bundesrate und die richterliche Gewalt einem Bundesgerichte, wie solches hiernach in der B. V. festgestellt wird.» *Sulzer* bemerkte, dies sei nicht ganz richtig, da das Volk auch einen Anteil an der Gesetzgebung habe, die vollziehende Gewalt nicht allein in den Händen des B. R. und die richterliche nicht allein in denen des B. Ger. liegen. Der Antrag wurde abgelehnt [4]).

In der Revisionsverhandlung von 1873—74 wurde Art. 71 ohne Diskussion bestätigt.

II. Auslegung.

1. Der erste Abschnitt der B. V. enthält die Grundsätze der Kompetenzverteilung zwischen Bund und Kantonen und die von Bundes wegen geltenden Beschränkungen der Staatsgewalt überhaupt. Der **zweite Abschnitt** behandelt dagegen die Organisation der Bundesbehörden, d. h. das System der Behörden, ihre Zusammensetzung und ihre Beziehungen unter einander. Die Scheidung des Stoffes ist aber nicht eine so streng logische, dass daraus gefolgert werden dürfte, alle Bestimmungen des zweiten Abschnittes seien rein organisatorischer Natur, und sagen über das Verhältnis von Bund und Kantonen nichts aus [5]). Inwiefern das Gegenteil zutrifft, ist bei den einzelnen Artikeln, namentlich bei Art. 85, 102, 110 ff. zu untersuchen. Diese logische Unebenheit erklärt sich einesteils aus der historischen Tatsache, dass die Mediationsverfassung und der Bundesvertrag die gleiche Einteilung des

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 40—46, 286.

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 208, 226. Seit der Revision des III. Abschnittes der B. V. sollte in Klammern, statt der Art. 121, der 123 zitiert sein.

[3]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 386, 560.

[4]) Prot. des St. R. vom 15. und 19. Febr. 1872. *Bulletin*, 393, 464.

[5]) A. A. *Rüttimann*, in einem Kommissionsbericht betr. zivilrechtliche Verhältnisse vom 13. Januar 1863. B. Bl. 1863, I, 155; ebenso B Bl. 1863, III, 94.

Stoffes nicht kannten und mit den Befugnissen der Tagsatzung zugleich die Befugnisse des Bundes bestimmten, anderseits daraus, dass bei Abfassung der B. V. nicht theoretische, sondern praktische Gesichtspunkte im Vordergrund standen.

2. **Art. 71** erklärt, die B. Vers. übe, unter Vorbehalt der Rechte des Volkes und der Kantone, die *oberste Gewalt* des Bundes aus. In diesen allgemeinen einleitenden Worten ist kaum ein bestimmter Rechtssatz über das Verhältnis der B. Vers. zu den andern Bundesbehörden zu erblicken. Der Ausdruck weist in zusammenfassender Weise auf die Tatsache hin, dass die B. Vers. das höchste Attribut der Staatsgewalt, das Gesetzgebungsrecht und auch auf andern Gebieten die höchste Entscheidungsgewalt besitzt, in einem Masse, wie kaum ein anderes, ausländisches, Parlament. Er spiegelt auch das Verhältnis wieder, welches zwischen der gesetzgebenden Versammlung und der Vollziehungsbehörde des Bundes überlieferter Übung gemäss besteht[1].

Nach schweizerischer Auffassung ist die Regierung dem Parlament gegenüber nicht die Trägerin einer selbständigen Politik; obschon im Bund durch die Mehrheit des Parlaments gewählt, ist sie nicht berufen, die politischen Ziele derjenigen Mehrheit, die sie gewählt hat, dem Parlament gegenüber zu vertreten und zu verfolgen.

Es wird vielmehr als selbstverständlich betrachtet, dass das Parlament die Orientierung der staatlichen Politik angibt, und dass sich die Regierung diesem Willen der Volksvertretung zu unterziehen hat, wenn es zu Meinungsverschiedenheiten kommt. Das einzelne Mitglied der Regierung mag es mit seinem Gewissen ausmachen, ob es trotzdem sein Amt weiterführen kann; ein politischer Konflikt entsteht nicht zwischen Regierung und Parlament. Wesentlich deshalb kennen weder der Bund noch die Kantone die Ministerkrisen; die Regierung erkennt ihre grundsätzliche Unterordnung unter das Parlament von vornherein an. Diese Unterordnung beruht zunächst auf der parlamentarischen Sitte; sie findet aber auch ihren Ausdruck in dem Verfassungsrecht selbst.

Wenn die B. Vers. schon nach Inhalt ihrer verfassungsmässigen Entscheidungsbefugnisse in Gesetzgebung und Verwaltung dem B. R. übergeordnet ist, so ist sie es auch nach dem Verhältnis, in dem sie sich zum B. R. befindet bezüglich derjenigen Entscheidungbefugnisse, die dem B. R. allein zustehen. Verfassungsrechtlich ist der B. R. die vollziehende und verwaltende Behörde (Art. 95 B. V.); er ist, wo die Verfassung nichts anderes vorschreibt, ausschliesslich zuständig zur Vornahme von Verwaltungshandlungen; die B. Vers. kann diese Handlungen weder selber vornehmen, noch die vom B. R. getroffenen Massnahmen abändern. An diesem Grundsatz ist unentwegt festzuhalten, wenn nicht die Kompetenz und die Verantwortlichkeit beider Behörden in Verwirrung geraten sollen[2]. Wohl aber kann die B. Vers. den B. R. über seine ganze Verwaltung zur Rechenschaft ziehen, d. h. Auskunft darüber verlangen und Kritik daran üben. Dieses Recht besitzt jede parlamentarische Versammlung der Regierung gegenüber; es widerspricht nicht der

---

[1]) Vgl. z. B. die Äusserungen von *Th. Wirz* im B. Bl. 1890, I, 880. Etwas abweichend: *Dubs*, I. 59 ff. *Orelli*, S. 37. *Munzinger*, Bundesrecht und Bundesgerichtsbarkeit, S. 91—93.

[2]) *Dubs*, II, 70; *Blumer-Morel*, III, 66; *Salis*, II, S. 6—7. *Schoch*, Referat über den staatsrechtlichen Rekurs nach Bundesrecht, Zeitschrift 1886, V, 539. *v. Salis*, Art. „Bundesrat“ in Reichesbergs Handwörterbuch, I, 680. Vgl. unten Art. *95*.

Trennung der gesetzgeberischen Funktion von der ausführenden. Fraglich ist, ob das eidg. Staatsrecht der gesetzgebenden Behörde, in fassbarer juristischer Gestalt, eine weitere Form der Einwirkung verleiht, diejenige nämlich, der Verwaltungsbehörde bindende *Weisungen* für die Zukunft zu erteilen. Man darf diese Befugnis nicht aus dem formellen Grunde bestreiten, weil die Weisung weder in die Kategorie des Gesetzes oder allgemein verbindlichen Beschlusses, noch in diejenige eines der B. Vers. besonders vorbehaltenen Verwaltungsbeschlusses passe; denn es ist nicht gesagt, dass eine dritte Kategorie ausgeschlossen sei, weil sie in der B. V. nirgends ausdrücklich erwähnt ist.

Das Recht, Weisungen zu erteilen, ist mit einer zwar weniger konsequenten, aber immer noch klaren Trennung der verwaltenden von der gesetzgebenden Funktion, wie sie die B. V. grundsätzlich postuliert, vereinbar. Durch die Weisung trifft nicht die B. Vers. selber eine Verfügung im Verwaltungsgebiet des B. R., denn die Weisung schreibt nur dem B. R. vor, wie er künftig verwalten solle; sie entscheidet nicht an seiner Stelle. Sie ist auch keine verschleierte Form der Gesetzgebung mit Umgehung des Referendums, weil sie kein neues Gesetzesrecht schaffen, sondern im Rahmen des bestehenden Rechts eine andere Art der Ausübung gesetzlicher Befugnisse herbeiführen will, unter welcher Voraussetzung sie allein zulässig ist. Sie unterscheidet sich ferner dadurch von einem Gesetze, dass sie nicht eine den B. R. absolut bindende Vorschrift ist, sondern, wie die einem verständigen Mandatar gegebene Instruktion, nur dann gelten will, wenn nicht neue Umstände eine andere Lösung fordern; sie überlässt ähnlich wie die Kreditanweisungen des Budgets dem B. R. die Freiheit, anders zu verfahren da, wo die B. Vers. vermutlich eine andere Weisung erteilt hätte. Sie ist endlich, der Natur der Sache gemäss, da ausgeschlossen, wo der B. R. verwaltungsgerichtliche Entscheidungen trifft, die an die B. Vers. als an die höhere Instanz weitergezogen werden können; *Salis*, II, Nr. 371. — So beschränkt, ist die Weisung, wie mir scheint, ohne in der Verteilung der Kompetenzen Verwirrung anzurichten, zulässig. Dass sie wirklich eidg. Verfassungsrecht ist, ist damit noch nicht gesagt, und ist auch kaum aus dem Verfassungstext selbst zu beweisen. Es entspricht aber der schweizerischen Auffassung von der Stellung der Volksvertretung und konstanter Übung. Die Volksvertretung soll nicht nur darauf angewiesen sein, zu kritisieren; sie soll eine bestimmte Abänderung der Verwaltungspraxis verlangen können. Die Meinungsverschiedenheit zwischen Parlament und Regierung soll sich auch nicht zu einem Konflikt zuspitzen, der nur durch die Demission der Regierung oder Auflösung des Parlaments zu heben wäre; die Entscheidung soll vielmehr durch den überwiegenden Willen des Parlaments ohne Krisis herbeigeführt werden. Die Verhandlungen der B. Vers. zeigen, dass die eidg. Räte dieses Recht stets in Anspruch genommen und oft ausgeübt haben in Form von Postulaten, oder auch motivierten Tagesordnungen, und in mehr oder weniger klarem Gegensatz zum eigentlichen Entscheidungsrecht in Verwaltungssachen [1]. Das B. Ges. betr. den Geschäftsverkehr

[1]) *Blumer-Morel*, III, 65—66. Botschaft des B. R. vom 11. Nov. 1863, B. Bl. 1863, III, 828. *Ullmer*, II, S. 261. Botschaft vom 30. März 1899, betr. Geschäftsverkehr der eidg. Räte, B. Bl. 1899, III, 478. St. B. IX, 991, 1018. Die älteren B. B. über Genehmigung der Geschäftsführung des B. R. enthalten alle eine Anzahl Weisungen an den B. R. A. S., II, 345, 352;

der eidg. Räte vom 9. Okt. 1902 verlangt in Art. 14 die Zustimmung beider Räte, u. a. «wenn dem B. R. Weisungen erteilt werden, in welchem Sinne jene Antragstellung (über Gesetze oder B. B.) zu erfolgen habe, oder wenn der B. R. zu einem bestimmten Handeln aufgefordert wird.»

Über das *Verhältnis der B. Vers. zum B. Ger.* vgl. *Art. 85, Ziff. 11,* und *Art. 106.*

3. Art. 71 stellt den Grundsatz auf, dass die B. Vers. aus **zwei Abteilungen** bestehen soll; die Befugnisse dieser Abteilungen und ihr gegenseitiges Verhältnis sind durch die Art. 89, 92 und 93 bestimmt. Erst durch diese Artikel ist das Zweikammersystem gegeben.

A. Nationalrat.

Art. 72.

Der Nationalrat wird aus Abgeordneten des schweizerischen Volkes gebildet. Auf je 20,000 Seelen der Gesamtbevölkerung wird ein Mitglied gewählt.

Eine Bruchzahl über 10,000 Seelen wird für 20,000 Seelen berechnet.

Jeder Kanton und bei geteilten Kantonen jeder der beiden Landesteile hat wenigstens ein Mitglied zu wählen.

I. Geschichte.

Art. 72 stammt aus der *Revision von 1848* und ist seither nicht verändert worden. Die bei Art. 71 erwähnten Anträge der I. Sektion der Revisionskommission lauteten in diesem Punkt:

Art. 3. «Der Repräsentantenrat wird gebildet aus den Abgeordneten des schweizerischen Volkes. Auf je 20,000 Seelen wird ein Mitglied gewählt.»

Art. 4. «Die Wahlen für den Repräsentantenrat finden in eidgenössischen Wahlkreisen statt. — Die Wahlkreise sind möglichst gleichmässig, doch mit Berücksichtigung besonderer Lokalverhältnisse festzusetzen. — Ein Wahlkreis der weniger als 20,000 Seelen zählt, hat gleichwohl Einen Abgeordneten zu wählen.»

Die Kommission setzte in Art. 3 statt «Seelen» «Gesamtbevölkerung».

Von mehreren Mitgliedern wurde die Idee verteidigt, alle Mitglieder des Repräsentantenrats in einem einzigen Wahlkreise zu wählen, damit

---

III, 187, 595; IV, 237, 245, 262; V, 163, 168, 377, 574, 582; VI, 66, 67, 293, 570. In der Gesetzessammlung seit 1874 vgl. die besondern Beschlüsse in Bd. VII, 779; XV, 140. B. Bl. 1901, II, 829; IV, 1202; 1902, II, 889. Der B. B. vom 21. Juli 1854 (A. S., IV, 262), Ziff. 2, schrieb dem B. R. vor, der B. Vers. über die Vollziehung von Aufträgen, welche sie bei Abnahme von Geschäftsberichten dem B. R. erteilt, jeweilen im folgenden Geschäftsbericht die nötigen Mitteilungen zu machen. *Rüttimann,* I, § 219.

die so gewählte Versammlung wirklich die nationalen und nicht bloss lokale Interessen vertrete. Demgemäss wurde auch beschlossen, die Mitglieder des Repräsentantenrats mittels einer allgemeinen schweizerischen Stimmgebung zu wählen, mit der Einschränkung, dass alle Kantone im Rate vertreten sein müssen. In zweiter Beratung wurde aber beschlossen, die Wahlen seien in Wahlkreisen vorzunehmen, welche in den Kantonen gebildet werden müssen, und jeder Kanton und Kantonsteil müsse wenigstens ein Mitglied erhalten. Art. 56 des Kommissionsentwurfes lautete genau wie der heutige Art. 72[1]).

Die Tagsatzung diskutierte namentlich über die Zahl der Vertreter, deren *Zürich* nur 1 auf 30,000 Seelen wünschte. Der Antrag wurde aber verworfen[2]).

Den 17. Dez. 1897 erklärte der N. R. eine Motion *Hochstrasser, Fonjallaz* u. G. erheblich, dahingehend, Art. 72 sei in dem Sinne zu revidieren, dass für die Wahlen in den N. R. ausschliesslich die Bevölkerung schweizerischer Nationalität als Grundlage zu gelten habe. In Übereinstimmung mit einem b. r. Bericht vom 6. April 1898 (B. Bl. 1898, II, 677) beschloss indessen der N. R. am 18. April, der Motion keine Folge zu geben. *Salis*, I, Nr. 170. — Die Motionäre beschritten nun den Weg der Volksinitiative und reichten im Februar und März 1902 ein Begehren gleichen Inhalts ein. Die eidg. Räte beantragten dem Volke, in Übereinstimmung mit der b. r. Botschaft vom 28. Nov. 1902 (B. Bl. 1902, V, 561), Verwerfung des Initiativbegehrens mit Beschluss vom 19. März 1903 (B. Bl. 1903, III, 709). Dies wurde in der Volksabstimmung vom 25. Okt. 1903 getan mit 295,085 gegen 95,131 Stimmen und 18 gegen 4 Standesstimmen (B. Bl. 1903, V, 82).

II. Auslegung.

Im Gegensatz zur Tagsatzung, welche aus den Abgeordneten der Kantone zusammengesetzt war, erklärt Art. 72, Abs. 1, der N. R. werde aus *Abgeordneten des schweizerischen Volkes* gebildet. Aber nicht nur das wählende Organ ist verschieden, auch das Verhältnis der Nationalräte zum schweizerischen Volke ist ein ganz anderes als dasjenige der früheren Tagsatzungsmitglieder zu ihren respektiven Kantonen; vgl. Art. *91*.

Die *Zahl der Mitglieder* des N. R. ist bestimmt durch das Verhältnis von einem Abgeordneten auf 20,000 Seelen der Gesamtbevölkerung. Die Bevölkerung der Schweiz und der Kantone wurde bei den ersten durch Tagsatzungsbeschluss vom 14. Sept. 1848 (B. Bl. 1848—49, I, 36) angeordneten N. R.-Wahlen auf Grund der Volkszählung vom Januar und Februar 1837 eingeschätzt (2,190,258 Seelen); das B. Ges. vom 21. Dez. 1850 (A. S., II, 210) nahm zur Grundlage die eidg. Volkszählung vom 18.—23. März 1850 (B. Bl. 1850, III, 543), B. B. vom 3. Dez. 1850 (ibid. nach S. 725). So blieb jeweilen die letzte eidg. Volkszählung bis zur nächsten, d. h. meistens während eines Zeitraums von 10 Jahren[3]) massgebend.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission 1848, S. 110 ff., 114—122, 178—179.

[2]) Absch. 1847, IV. S. 105—106, 273.

[3]) Die folgenden Volkszählungen fanden statt: am 10. Dez. 1860, B. B. vom 28. Juli 1862, A. S., VII, 313; am 1. Dez. 1870, B. B. vom 21. Juli 1871, A. S., X, 515; am 1. Dez. 1880,

(Vgl. Art. *32*^bis^, Abs. 4, *39,* Abs. 4, und Gesetz betr. die Patenttaxen der Handelsreisenden, vom 24. Juni 1892, Art. 7; Gesetz betr. Unterstützung der Primarschule, vom 25. Juni 1903, Art. 4; Gesetz betr. die eidg. Geldskala, vom 9. März 1875, erneuert am 5. April 1895.) Der Grundsatz, dass die Zahl der jedem Kanton zugeteilten Vertreter nur auf Grund einer neuen *eidg.* Volkszählung abgeändert werden kann, ist gewiss richtig; ein Kanton kann daher nicht inzwischen eine Vermehrung seiner Vertreterzahl verlangen, weil ihm auf Grund kantonaler Volkszählung eine grössere Zahl zukomme; die B. Vers. entschied am 11. März 1878 in diesem Sinn anlässlich einer baselstädtischen Petition. *Salis,* I, Nr. 169. Die eidg. Volkszählung soll allerdings nicht zu lange auf sich warten lassen. Als Bevölkerung wurde schon bei der Volkszählung von 1837 und den ersten N. R.-Wahlen die Wohnbevölkerung genommen, d. h. die in der Schweiz wohnhaften Personen, Schweizer oder Ausländer, ausschliesslich der nur vorübergehend Anwesenden, aber mit Inbegriff der bloss vorübergehend Abwesenden. Botschaft des B. R. vom 24. Juni 1872 betr. die Wahlen in den N. R. (B. Bl. 1872, II, 779, vgl. B. Bl. 1881, I, 430, 437; II, 484, 795). Diese Repräsentationsbasis entspricht m. E. der B. V. besser, als die der Ortsanwesenden, namentlich für das Verhältnis der Wahlkreise unter einander, weil sie auf Verhältnissen beruht, die eine längere Dauer verbürgen. Bloss die *schweizerische* Bevölkerung als Repräsentationsbasis zu nehmen, ist unzulässig, weil die Verfassung als Grundlage die *Gesamt*bevölkerung bezeichnet. (Vgl. B. Bl. 1881, II, 478.)

Die Zahl der Mitglieder des N. R. wurde nun aber nie berechnet nach der Wohnbevölkerung der gesamten Schweiz, dividiert durch 20,000, wie es Abs. 1 zu verlangen scheint, sondern nach der Bevölkerung jedes Kantons; jeder Kanton erhielt stets die seiner Bevölkerung entsprechende Zahl von Abgeordneten, die dann auf seine Wahlkreise verteilt wurden. In der Tat gestattet der zweite Absatz verglichen mit dem ersten Absatz («Auf *je* 20,000 Seelen . . .») und namentlich der französische Wortlaut des zweiten Absatzes («*Les* fractions . . .») nicht, die Zahl der N. R.-Mitglieder nach der Gesamtbevölkerung der Schweiz zu berechnen, obschon dies wohl durchführbar wäre. Deshalb kann der Ausdruck *Gesamt*bevölkerung auch nicht die Bevölkerung der gesamten Schweiz bezeichnen, im Gegensatz zur Bevölkerung einzelner Teile, sondern die Bevölkerung in allen ihren Bestandteilen, wie oben angenommen wurde. Fraglich könnte dagegen sein, ob nicht für jeden Wahlkreis besonders die Rechnung gemacht werden sollte. Der B. V. ist die Antwort schwerlich zu entnehmen. Die Verteilungsart hätte allerdings den Vorteil, die Abgeordneten auf alle Wahlkreise nach einheitlichem Massstab zu verteilen, den grössern Nachteil aber, je nach der Einteilung der Kantone in Wahlkreise einen Kanton vor dem andern zu begünstigen und so auf die parteipolitische Einteilung gewissermassen eine Prämie zu setzen.

Aus dem Gesagten ergibt sich, dass Abs. 2 von Art. 72 allein dem Kanton zugute kommt, nicht dem einzelnen Wahlkreise; es kann daher vorkommen, dass, wenn nach einer neuen Volkszählung die Wahlkreis-

---

B. B. vom 28. April 1881, A. S., V, 375; am 1. Dez. 1888, B. B. vom 20. Juni und 6. Dez. 1889, A. S., XI, 165, 320; am 1. Dez. 1900, B. B. vom 30. Dez. 1901, A. S., XVIII, 890. Diesen Volkszählungen folgte jeweilen eine Revision des B. Ges. betr. die Wahlen in den N. R.

einteilung des Kantons nicht revidiert wird, einem Wahlkreise ein Vertreter mehr zugeteilt werden muss, als ihm seiner Bevölkerung nach zukommt, oder, umgekehrt, einen weniger, damit der Kanton im ganzen die gesetzliche Zahl erhalte. Eine Revision der Wahlkreiseinteilung ist in diesem Fall durch die Rechtsgleichheit geboten; vgl. Botschaft des B. R. vom 25. Febr. 1881 (B. Bl. 1881, I, 435) und vom 26. Febr. 1902 (B. Bl. 1902, I, 856).

Abs. 3. Da nach Art. 73 ein Wahlkreis nicht mehr als einen Kanton oder einen Halbkanton umfassen darf, musste der Fall vorgesehen werden, wo ein Wahlkreis nicht nur weniger als 20,000, sondern auch weniger als 10,000 Einwohner umfasst. Dieser letztere Fall kam übrigens nur bei den allerersten N. R.-Wahlen vor, wo der Halbkanton Appenzell I.-Rh. laut Volkszählung von 1837 nur 9796, in Wirklichkeit wohl aber über 10,000 Einwohner hatte (B. Bl. 1848—49, I, 37); schon die Volkszählung von 1850 verzeichnete denn auch 11,270 Einwohner (A. S. II, 133). Abs. 3 hat daher heute keine praktische Bedeutung mehr. Bei den konstituierenden Wahlen von 1848 zählten dagegen mehrere Kantone weniger als 20,000 Einwohner, nämlich Uri, Obwalden, Nidwalden und Zug; heute nur noch Uri, Obwalden, Nidwalden und Appenzell I.-Rh. (A. S., XIX, 198).

Art. 73.

Die Wahlen für den N. R. sind direkte. Sie finden in eidgenössischen Wahlkreisen statt, welche jedoch nicht aus Teilen verschiedener Kantone gebildet werden können.

I. Geschichte.

In der schon bei Art. 72 berührten Diskussion *der Revisionskommission von 1848* über Art. 4 des Sektionsvorschlages wurde eventuell angeregt, ohne dass ein eigentlicher Antrag gestellt worden wäre, zur Vermeidung der Nachteile eines einzigen schweizerischen Wahlkreises indirekte Wahlen vorzunehmen. In der 2. Beratung wurde indessen das System eines einzigen Wahlkreises abgelehnt und im Gegensatz dazu, als Art. 57, folgende Bestimmung angenommen: «Die Wahlen für den N. R. finden in eidg. Wahlkreisen statt, welche in den Kantonen gebildet werden[1].»

In der Tagsatzung beantragte *Waadt,* bestimmt auszudrücken, «dass die Wahlen direkt sein sollen», und ferner, Einerwahlkreise. was auch *Freiburg* wünschte, oder wenigstens so viele Wahlkreise als möglich zu bilden. Über die Grösse der Wahlkreise wurde namentlich verhandelt, schliesslich aber der Antrag von *Waadt* abgelehnt, in der Meinung, dass die Bildung der Bundesgesetzgebung vorbehalten bleibe; der Antrag, den Kantonen diese Befugnis zu überlassen, wurde ver-

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 116, 178, 200.

worfen. Der Artikel wurde darauf mit der Nummer 62, wie er heute lautet, redigiert[1]).

1872 beantragte wiederum *Schmid* (Aargau) Wahlkreise, die, soweit tunlich, mit der politischen Einteilung der Kantone übereinstimmen, und zwar Einerwahlkreise, um diejenigen Gruppen der Bevölkerung, «welche sonst im Leben zusammengehören», nicht auseinanderzureissen. *Herzog-Weber* beantragte dagegen, aus jedem Kanton oder Halbkanton einen Wahlkreis zu machen, und das proportionale Wahlverfahren einzuführen. Beide Anträge wurden aber verworfen[2]).

Die Verhandlungen von 1874 liessen den Artikel unverändert[3]).

II. Auslegung.

Der erste Satz des Art. 73 schreibt vor, dass die *Wahlen* für den N. R. *direkte* sein sollen; damit ist nur das Eine ausgesagt, dass aus der Stimmabgabe der stimmberechtigten Bürger selber das Wahlresultat hervorgehen soll, und nicht erst aus der Stimmabgabe der von den Stimmberechtigten zu wählenden Wahlmänner. Nach welcher Wahlart aber die stimmberechtigten Bürger abstimmen sollen, ist nicht gesagt.

Der zweite Satz wurde in der verfassungsberatenden Tagsatzung aufgestellt und 1872 in der B. Vers. festgehalten im Gegensatz zur Bildung eines einzigen Wahlkreises der ganzen Schweiz und zur *Bildung der Wahlkreise* durch den kantonalen Gesetzgeber. Die Wahlkreise sollen durch Bundesgesetz umschrieben werden und es sollen mehrere sein; und da ein Wahlkreis nicht aus Teilen verschiedener Kantone gebildet werden darf, so müssen es wenigstens 25 sein. Im übrigen ist der Bundesgesetzgebung keine Schranke gesetzt[4]). Unter Wahlkreisen i. S. des Art. 73 sind Wahlkreise i. e. S. zu verstehen, d. h. örtlich abgegrenzte Wählergruppen nicht nur zum Zweck der bequemern Stimm*abgabe*, sondern zum Zweck der Ausmittlung der Wahl selbst.

Aus dem Gesagten geht hervor, dass Art. 73 B. V. die Wahl nach dem absoluten Mehr nicht vorschreibt und die Wahl nach dem Proportionalverfahren nicht verbietet. Letzteres wäre auch trotz den durch den 2. Satz notwendig gemachten Einerwahlkreisen grundsätzlich wohl durchführbar, da eben in diesem Falle beide Verfahren übereinstimmen[5]). Eine Revision des Art. 73 ist nur dann nötig, wenn das Proportionalverfahren verfassungsrechtlich vorgeschrieben werden soll, wie es das Initiativbegehren vom Mai bis Juli 1895 verlangte: Art. 73: «Die Wahlen für den N. R. sind direkte. Sie finden nach dem Grundsatze der Proportionalität statt, wobei jeder Kanton und jeder Halbkanton einen

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 107 ff., 273.

[2]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 390—394, 560. Prot. des St. R. vom 15. Febr. 1872. *Salis*, I, Nr. 168.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 167, 358.

[4]) Geschichtliches über die Wahlkreiseinteilung ist mitgeteilt im Bericht der St. R. K. vom 13. Dez. 1889, B. Bl. 1890, I, 273.

[5]) Wenn man den Minderheitsparteien in den Kantonen, die nur einen N. R. zu wählen haben, eine Vertretung sichern will, wie sie die verhältnismässig gleich starken Parteien in grössern Kantonen erhalten, muss man allerdings die Einerwahlkreise zu Zweier- oder Dreierwahlkreisen vereinigen, wie es der Bericht der Mehrheit der N. R. K. vom 12. Nov. 1889 betr. Revision der eidg. Wahlkreiseinteilung ausführte; B. Bl. 1889, IV, 755.

Wahlkreis bildet. — Die Bundesgesetzgebung trifft über die Ausführung dieses Grundsatzes die näheren Bestimmungen» (B. Bl. 1899, IV, 741). Das Begehren wurde gemäss dem Antrage der B. Vers. (St. B., X, 217, 443) in der Volksabstimmung vom 4. Nov. 1900 mit 244,666 gegen 169,008 Stimmen und 11½ gegen 10½ Standesstimmen verworfen (B. Bl. 1900, III, 670; IV, 779).

Über die früheren Anregungen und Motionen, das Proportionalverfahren auf dem Wege der Gesetzes- oder Verfassungsrevision einzuführen, vgl. *Salis*, I, Nr. 168; *Schollenberger*, Kommentar, S. 493.

Art. 74.

Stimmberechtigt bei Wahlen und Abstimmungen ist jeder Schweizer, der das 20. Lebensjahr zurückgelegt hat und im übrigen nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem er seinen Wohnsitz hat, nicht vom Aktivbürgerrechte ausgeschlossen ist.

Es bleibt jedoch der Gesetzgebung des Bundes vorbehalten, über diese Stimmberechtigung einheitliche Vorschriften aufzustellen.

I. Geschichte.

Der mehrerwähnte Antrag der I. Sektion der *Revisionskommission von 1848* enthielt folgenden Art. 5: «Stimmberechtigt ist jeder Schweizer, der das 21. Altersjahr erreicht hat und nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem er seinen Wohnsitz hat, nicht vom Aktivbürgerrecht ausgeschlossen ist.» Die Bestimmung wurde ohne Diskussion in der Kommission gutgeheissen und erhielt durch die Redaktoren die Fassung des heutigen 1. Absatzes mit Ausnahme der Worte: «bei Wahlen und Abstimmungen»[1]. In der Tagsatzung beantragte *Zürich*, unterstützt durch andere Kantone, die Bestimmung des Alters den Kantonen zu überlassen, um einen Widerspruch zwischen kantonalem und eidgenössischem Recht zu vermeiden. Die Forderung einheitlicher Regelung überwog aber; der Kommissionsantrag wurde unverändert als Art. 63 der neuen Verfassung angenommen[2].

In der *N. R. K. von 1871* wurde nach Antrag *Kaiser* folgender Zusatz beschlossen: «Es bleibt jedoch der Gesetzgebung des Bundes vorbehalten, über die Stimmberechtigung bei eidgenössischen Angelegenheiten zu entscheiden[3].» Der N. R. selbst fügte im 1. Absatz die Worte: «bei Wahlen und Abstimmungen» ein und gab dem 2. Absatz die heutige Fassung[4]; der St. R. stimmte ohne Diskussion zu[5].

[1] Prot. der Revisionskommission 1848, S. 110, 122, 156, 179.
[2] Absch. 1847, IV, S. 109—110, 273.
[3] Prot. der N. R. K. 1871, S. 155, 226.
[4] Prot. des N. R. 1872, S. 395, 560.
[5] Prot. des St. R. vom 15. Febr. 1872.

II. Auslegung [1].

Abs. 1 spricht nur von der Stimmberechtigung in *eidg. Wahlen und Abstimmungen;* obschon die Beratungen darüber nichts Entscheidendes enthalten, ergibt sich dies doch mit Sicherheit aus der Stellung des Artikels in der Verfassung und aus Art. 66, bestimmter noch aus der Tatsache, dass seit 1874 nie davon die Rede war, den Kantonen zu verbieten, die politische Stimmberechtigung in kantonalen Angelegenheiten schon vor Vollendung des 20. Lebensjahres zu verleihen [2]. Das Gesetzgebungsrecht des Bundes bezieht sich daher auch nur auf «diese» Stimmberechtigung, d. h. die Stimmberechtigung in eidg. Wahlen und Abstimmungen. Das B. Ges. betr. die eidg. Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872 (A. S., X, 915), welches den Verfassungsartikel wiederholt, bezieht sich ausdrücklich nur auf eidg. Wahlen und Abstimmungen. Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes erstreckt sich selbstverständlich auch auf die Normierung der formellen Erfordernisse zur Ausübung des Stimmrechts und auf das Wahl- und Abstimmungsverfahren. Z. T. hat der Bund von dieser Kompetenz im zitierten Gesetz vom 19. Juli 1872, abgeändert durch Gesetz vom 30. März 1900 (A. S., XVIII, 119), und im Gesetz betr. das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betreffend Revision der B. V. vom 27. Januar 1892 (A. S., XII, 885) schon Gebrauch gemacht.

Solange der Bund keine einheitlichen Vorschriften über die Ausschliessungsgründe vom Stimmrecht aufstellt, bleiben die Vorschriften des Kantons massgebend, in dem der Bürger seinen Wohnsitz hat, wo er nach dem Grundsatz des Art. 43 sein Stimmrecht ausübt. Es wird daher auch nach dem Rechte des Wohnsitzkantons entschieden werden müssen, ob der aus einem andern Kanton Kommende, der dort seines Stimmrechts verlustig erklärt wurde, deshalb an seinem nunmehrigen Wohnort ebenfalls des Stimmrechts entbehrt oder nicht [3].

Art. 75.

Wahlfähig als Mitglied des Nationalrates ist jeder stimmberechtigte Schweizerbürger weltlichen Standes.

I. Geschichte.

Der Entwurf der I. Sektion in der *Revisionskommission von 1848* (Art. 6) erklärte jeden stimmberechtigten Schweizerbürger mit Antritt des 25. Altersjahres wahlfähig; naturalisierte Schweizer erst nach fünfjährigem Besitz des Schweizerbürgerrechts. Das Erfordernis des Alters wurde in der Kommission wieder gestrichen, die Beschränkung der Wahlfähigkeit Naturalisierter aber beibehalten, namentlich mit Rück-

---

[1]) *Blumer-Morel,* III, 38. *Schollenberger,* Kommentar, S. 494.
[2]) Über die Gesetzentwürfe von 1874, 1876—77 u. 1882 vgl. oben Art. *66.*
[3]) Vgl. oben Art. *45,* S. 430. *Burckhardt,* Die bundesrechtl. Praxis betr. Niederlassungsfreiheit, Gewerbefreiheit und politische Stimmberechtigung, S. 239—240.

sicht auf den Umstand, dass die Naturalisation oft zu leicht erteilt werde und dass der Naturalisierte auch erst nach 5 Jahren die Niederlassungsfreiheit erwerbe; beigefügt wurde, dass der zu Wählende weltlichen Standes sein müsse[1]. — In der Tagsatzung wurde der Ausschluss der Geistlichen hauptsächlich mit der grundsätzlichen Opposition, in der sich die katholische Kirche zum Staate befinde, und mit der Unvereinbarkeit des geistlichen Berufes mit aktiver Parteipolitik begründet. Der Artikel wurde in der Fassung der Kommission als Art. 64 in die B. V. von 1848 eingetragen. Abs. 1 lautete wie heute; Abs. 2: «Naturalisierte Schweizerbürger müssen seit wenigstens fünf Jahren das erworbene Bürgerrecht besitzen, um wahlfähig zu sein[2].»

Der *Entwurf des B. R. vom 17. Juni 1870* liess die Worte «weltlichen Standes» fallen; sowohl die N. R. K.[3] und die St. R. K.[4] als die beiden Räte stimmten zu[5]. Nach Antrag der N. R. K. wurde der 2. Absatz gestrichen.

1873 schlug die St. R. K. auf Antrag *Vigier* die Wiederaufnahme der gestrichenen Worte vor, und drang damit im St. R. durch; der N. R. stimmte in zweiter Beratung zu. Auf die in 1. Beratung gemachte Bemerkung, der Ausschluss der Geistlichen sei mehr vom Standpunkt der Stellenunvereinbarkeit aufzufassen, wurde erwidert, der Vergleich mit den Inkompatibilitäten treffe nicht zu, sonst müsste man sagen, dass nur die angestellten Geistlichen nicht gleichzeitig Mitglieder einer politischen Behörde sein könnten; der Ausschluss sei vielmehr gegen die Geistlichen als Stand gerichtet[6].

II. Auslegung[7].

Der Erläuterung bedarf zunächst der Begriff des «weltlichen Standes»; er bestimmt sich leichter durch die Definition seines Gegenteils, des geistlichen Standes. Zum geistlichen Stande können im Sinne des Art. 75 nicht nur die Geistlichen der staatlich anerkannten Landeskirchen gerechnet werden; denn die katholische Kirche selbst, deren Geistliche in erster Linie gemeint waren, ist nicht überall als Landeskirche anerkannt. Geistlichen Standes ist derjenige, der kraft der Stellung, die er in seiner Religionsgenossenschaft nach deren Verfassung einnimmt, als Hauptbeschäftigung die Pflege des religiösen Lebens an sich oder an andern betreibt. Wer sich freiwillig der Verbreitung religiöser Lehren oder der Seelsorge widmet, ohne zu einer Religionsgenossenschaft in ein durch rechtliche oder geistliche Norm bestimmtes Verhältnis zu treten, ist m. E. nicht geistlichen Standes i. S. der B. V. Auch derjenige, der kraft Auftrages oder geistlicher Berufung religiöse Funktionen ausübt, ist nur dann geistlichen Standes, wenn und solange dies seine Hauptbeschäftigung und Hauptaufgabe bildet; die hierarchische

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 122, 148, 156, 179.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 110—112, 273.

[3]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 155, 156.

[4]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 20—22.

[5]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 395, 560. Prot. des St. R. vom 15. Febr. 1872. *Bulletin*, 397.

[6]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 40, 41, 43; der St. R. K., S. 37, 40; der eidg. Räte, S. 168, 189, 358, 270.

[7]) *Rüttimann*, I, § 126 ff.

Stellung, die einzelne Mitglieder in gewissen religiösen Sekten neben ihrem bürgerlichen Berufe einnehmen, macht sie nicht zu Geistlichen. Geistlicher ist aber nicht nur derjenige, der bei anderen geistliche Funktionen versieht, sondern auch derjenige, der sich nur seine eigene Erbauung zum Beruf macht und kraft dieses Berufes in seiner Religionsgenossenschaft eine besondere Stellung einnimmt, wie das katholische Ordensmitglied. Die genannten Merkmale bezeichnen, wie mir scheint, die Stellung desjenigen, von dem die Urheber der Verfassung befürchteten, dass er sich in grundsätzlichem Widerspruch mit dem auf weltlicher Grundlage aufgebauten Staate befinden könne.

Dagegen ist nicht notwendig, wie es der B. R. zur Befreiung vom Militärdienst verlangte (Art. 2, lit. *d*, der M. O.), dass sich der Geistliche durch einen besondern Bildungsgang zu seinem Berufe vorbereitet habe; denn der gebildete Geistliche ist sicher nicht schlechter zu stellen als der ungebildete[1]).

Durch die Streichung des 2. Absatzes bei der Revision von 1874 sind *naturalisierte* Schweizer sofort wählbar geworden; der mit diesem Absatz übereinstimmende Art. 13, Abs. 2, des B. Ges. vom 19. Juli 1873 ist damit auch aufgehoben[2]).

Die Verhandlungen der B. Vers. von 1872 und 1873 zeigen, dass man eine klare Vorstellung vom Begriff der Wählbarkeit nicht hatte. Die Nichtwählbarkeit i. e. S. bewirkt die Nichtigkeit der Wahl, im Gegensatz zur Unvereinbarkeit der Ämter oder Berufe, welche den gültig Gewählten verhindert, sein neues Amt zugleich mit dem bisherigen Amt oder Beruf auszuüben. Schweizerbürger, die nicht stimmberechtigt sind, oder Ausländer sind nach Art. 75 im strengen Sinne des Wortes nicht wählbar; werden sie trotzdem formell richtig gewählt, so ist die Wahl nichtig, auch wenn der Gewählte, bevor er sein Amt ausüben kann, das Schweizerbürgerrecht oder das Stimmrecht erwirbt. Es kann sich fragen, ob dies auch für Geistliche gelten soll; in den Verfassungsberatungen war stets nur davon die Rede, ob die Geistlichen im N. R. sitzen sollen, was darauf hindeutet, dass nicht mehr als Unvereinbarkeit gewollt war. Der gewählte Ausdruck lautet aber so deutlich auf Nichtwählbarkeit, dass auch dieser Begriff als der zutreffende zu betrachten ist. Der protestantische Geistliche kann auf seine Eigenschaft verzichten; wenn er gültig gewählt werden will, muss er dies vor der Wahl tun. Der einzige mir bekannte Fall, wo ein Mitglied des N. R. bis zu seiner Wahl Geistlicher war, ist der von Dr. Emil Hofmann (Thurgau), der am 11. Sept. 1898 gewählt wurde; er hatte aber am 9. Sept. den Austritt aus dem thurgauischen evangelischen Kirchendienst erklärt, für den Fall, dass er am 11. Sept. als Mitglied des N. R. gewählt würde. Der N. R. validierte ohne Gegenantrag, gemäss dem Antrag der Wahlaktenprüfungskommission, die Wahl am 24. Okt. gl. J.[3]). Mehrfach wurden dagegen gewesene protestantische Geistliche, die ihr Amt schon früher niedergelegt hatten, in den N. R. gewählt. Der katholische Geistliche, der diese Eigenschaft nicht ablegen kann, solange er katholisch bleibt, ist in dieser Beziehung tatsächlich schlechter gestellt; vgl. Art. *96* u. *108*.

---

[1]) *Salis*, III, Nr. 1240.

[2]) *Schollenberger*, Kommentar, S. 494. A. M. *Blumer-Morel*, III, 86.

[3] Einer gefl. Mitteilung von Hrn. Registrator Th. Widmer zufolge.

Art. 76.

Der Nationalrat wird auf die Dauer von drei Jahren gewählt, und es findet jeweilen Gesamterneuerung statt.

I. Geschichte.

Die I. Sektion der Revisionskommission von 1848 schlug schon für ihren Repräsentantenrat eine dreijährige Amtsdauer vor, mit jeweiliger Gesamterneuerung, und dem Zusatz, dass die austretenden Mitglieder wieder wählbar seien. Die Kommission nahm diese Bestimmung auf, in der letzten Beratung wurde aber die Erwähnung der Wiederwählbarkeit fallen gelassen, da die Wiederwählbarkeit aus dem Fehlen einer gegenteiligen Bestimmung klar genug hervorgehe. Zur Begründung der dreijährigen Amtsdauer wurde angeführt, N. R. und B. R. müssen zugleich erneuert werden, damit ihre Politik übereinstimme, und die Amtsdauer dürfe nicht eine kürzere sein, weil sonst der neugewählte B. R. nicht Zeit habe, sich in seinem Wirkungskreise zurechtzufinden[1]. Die Bestimmung wurde Art. 65 der B. V. von 1848 und ging unverändert in die heutige Verfassung über.

II. Auslegung.

Die *Amtsdauer* des N. R. fängt nicht mit der Wahl der Mitglieder an, sondern erst mit dem Zeitpunkt, wo sich der Rat konstituiert hat und beschlussfähig ist, oder wenigstens wo er befugt ist, sich zur konstituierenden Sitzung zu versammeln. Bis zu diesem Zeitpunkt bleiben noch die bisherigen Mitglieder im Amte. Das B. Ges. betr. die eidg. Wahlen und Abstimmungen vom 19. Juli 1872 (A. S., X, 915) bestimmt in Art. 27: nach jeder Gesamterneuerung haben sich die von der kantonalen Regierung als gewählt Erklärten ohne weitere Einladung am ersten Montage im Christmonate vormittags 10 Uhr zu der konstituierenden Sitzung des N. R. in der Bundesstadt einzufinden (vgl. Art. 1 des Geschäftsverkehrgesetzes vom 9. Okt. 1902), und Art. 32: «Die Amtsdauer des N. R. läuft in dem Jahre, in welchem er in Gesamterneuerung fällt, jedesmal mit dem dem ersten Montage des Christmonates vorhergehenden Sonntage ab.» Es wäre vielleicht vorsichtiger und verfassungsrechtlich wohl zulässig gewesen, zu sagen, der bisherige N. R. bleibe im Amte bis sich der neue konstituiert habe und beschlussfähig sei.

Eine Ausnahme von der Regel des Art. 76 enthält Art. 120 B. V.

Art. 77.

Die Mitglieder des Ständerates, des Bundesrates und von letzterem gewählte Beamte können nicht zugleich Mitglieder des Nationalrates sein.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 123, 179, 193. Absch. 1847, IV, S. 112, 273.

I. Geschichte.

In der Revisionskommission von 1848 beantragte die I. Sektion eine mit der heutigen übereinstimmende Vorschrift, in der der St. R. nicht erwähnt war. Die Kommission beschloss, auch die Mitglieder der Kantonsregierungen auszuschliessen, damit dem N. R. sein Charakter einer rein nationalen Vertretung im Gegensatz zum St. R. als der Vertretung des kantonalen Elementes gewahrt bleibe, ein Beschluss, der aber in der endgültigen Redaktion des Kommissionsentwurfes keinen Ausdruck fand. Diese Redaktion erwähnte dagegen auch die Mitglieder des St. R. und wurde von der Tagsatzung ohne Änderung bestätigt, nach Verwerfung des wiederholten Antrages auf Ausschluss der Mitglieder kantonaler Regierungen [1].

1872 wurde im N. R. von *Kaiser* der Antrag gestellt, die Unvereinbarkeit auf Verwaltungsräte und Direktoren von Unternehmungen, über die der Bund ein Gesetzgebungs- oder Genehmigungsrecht hat, auszudehnen; die Räte seien so zusammenzusetzen, dass Sonderinteressen, namentlich auch bei Wahlfragen, sich nicht geltend machen können, wie es in Eisenbahnsachen vorkomme. Der Antrag wurde später dahin abgeändert, der Gesetzgebung bleibe unter der Bedingung eines obligatorischen Referendums vorbehalten, weitere Ausschliessungen von der Wählbarkeit in den N. R. aufzustellen; er wurde aber auch in dieser Form abgelehnt [2] — *Kaiser* erneuerte den Antrag in etwas abweichender Gestalt in der N. R. K. von 1873, aber wieder ohne Erfolg; gleiches fand in der St. R. K. statt [3].

II. Auslegung.

Während die Nichtwählbarkeit die gültige Wahl zum Amt verhindert, verbietet die *Unvereinbarkeit* der Ämter bloss die gleichzeitige Ausübung eines Amtes mit einem andern. Daher können Mitglieder des Ständerats, des Bundesrats und Bundesbeamte gültig in den N. R. gewählt werden und ihre Wahl annehmen; sie müssen sich aber, bevor sie ihre nationalrätliche Funktionen ausüben, oder genauer: bevor ihre Pflicht zur Ausübung beginnt, für dieses oder jenes Amt entscheiden. Wird bei Gesamterneuerung des N. R. ein Mitglied des B. R. gewählt, so kann es die Wahl annehmen und im B. R. bleiben, bis die Amtsdauer des N. R. beginnt; dann aber soll es das eine oder andere Amt ausschlagen; es genügt nicht, dass es bis zu seiner Bestätigung als Bundesratsmitglied den Sitzungen des N. R. fernbleibe [4].

---

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 110, 123, 179, 193. Absch. 1847, IV, S. 113.

[2] Prot. des N. R. 1871—72, S. 395, 479, 560.

[3] Prot. der N. R. K. 1873—74, S. 43; der St. R. K. 1873—74, S. 38. Gegen diesen Antrag wurde vorgebracht, man könne nicht alle Personen vom N. R. ausschliessen, die an seinen gesetzgeberischen Beschlüssen ein persönliches Interesse haben können; dies ist zweifellos richtig; gegenüber Eisenbahngesellschaften hat aber die B. Vers. nicht nur gesetzgeberische Befugnisse, sondern auch administrative, und hier, aber nur hier war der Antrag *Kaiser* begründet.

[4] Korrekter wäre es allerdings, die Wahl sofort auszuschlagen, damit sofort eine andere Wahl getroffen werden kann, vgl. die Tabellen des *Statistischen Jahrbuchs*, 1897, S. 6 ff. Über diese sog. Komplimentswahlen: *Hilty*, Politisches Jahrbuch, I, 552,

Art. 77 statuiert nur eine Inkompatibilität zwischen eidg. Beamten, nicht zwischen eidg. und kantonalen. M. a. W.: von Bundesrechts wegen können Mitglieder kantonaler Behörden und kantonale Beamte im N. R. sitzen; das kantonale Recht kann aber seinerseits die kantonalen Ämter mit dem Nationalratsmandat unvereinbar erklären und den Gewählten zwingen, das kantonale Amt niederzulegen, wenn er die nationalrätlichen Funktionen ausüben will[1].

Art. 77 erklärt nicht alle *von der B. Vers. zu besetzenden Ämter* mit dem N. R.-Mandat unvereinbar. Was die Mitglieder des B. Ger. betrifft, so schliesst sie Art. 108, Abs. 2, B. V. von der B. Vers. aus; die Ersatzmänner dagegen unterliegen dieser Bestimmung nicht[2]. Das Amt des Bundeskanzlers ist mit dem N. R.-Mandat unveinbar, einmal weil der Kanzler hierarchisch dem B. R. unterstellt ist, und sodann weil seine amtlichen Obliegenheiten bei der B. Vers. selbst die gleichzeitige Ausübung beider Funktionen verbieten (Art. 105, Abs. 1). Der General der schweizerischen Armee, die Mitglieder des ausserordentlichen Militärgerichts, welche nach Art. 21 der Militärstrafgerichtsordnung, vom 28. Juni 1889 (A. S., XI, 273), und der besondere Staatsanwalt beim B. Ger., welcher nach Art. 27 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 9. Dez. 1850 ebenfalls durch die B. Vers. gewählt werden, sind, obschon sie ein Amt ausüben, keine Beamten, da sie in kein Dienstverhältnis zum Bund treten; sie können daher zugleich Mitglieder des N. R. sein.

Indem die B. V. *die vom B. R. gewählten Beamten* vom N. R. ausschliesst, will sie nicht auch solche Beamte ausschliessen, deren Obliegenheiten zwar bundesrechtlich geregelt sind, deren Amtsführung vielleicht sogar mittelbar der b. r. Kontrolle unterliegt, die aber von den Kantonen gewählt werden und der kantonalen Beamtenhierarchie angehören, wie Zivilstandsbeamte, Handelsregisterführer, Militärbeamte, Eichmeister u. a. m. Dagegen ist Art. 77 m. E. anwendbar auf diejenigen Beamten der Bundesverwaltung, die nicht durch den B. R. selber, sondern durch eine ihm untergeordnete Behörde gewählt werden, wie die Post*angestellten* gemäss B. R. B. vom 22. März 1892 (A. S., XII, 682) und die meisten Beamten der Eisenbahnverwaltung gemäss B. Ges. vom 15. Okt. 1897 (A. S., XVI, 553). Das Verbot des Art. 77 gewinnt damit allerdings eine Ausdehnung, die man auch i. J. 1874 nicht voraussah, und die gegenüber technischen, vom B. R. nur entfernt abhängigen Betriebsbeamten kaum gerechtfertigt ist. Der Umstand aber, dass die Beamten nicht vom B. R. selbst gewählt werden, genügt nicht, um sie anders zu behandeln; denn der B. R. ist in Art. 77 nicht im Gegensatz zu untern Verwaltungsbehörden, sondern im Gegensatz zu kantonalen Behörden

---

[1]) Die Verfassungen von Zürich, Art. 39, Abs. 2, Luzern, § 66, Glarus, Art. 49, Zug § 45, Abs. 2, und Solothurn, Art 34, Abs. 3, bestimmen, dass nicht mehr als *zwei* Mitglieder des Regierungsrates in den eidg. Räten sitzen können; in Glarus sollen auch der Landammann und der Landesstatthalter nicht zugleich in die eidg. Räte abgeordnet werden. Die Verfassung von Waadt verbietet, dass mehr als zwei Mitglieder des Regierungsrates im N. R., Art. 56, Abs. 3, und mehr als ein Mitglied im St. R. sitzen, Art. 52, Abs. 1. Die Verfassungen von Baselland, § 20, Abs. 3, Schaffhausen, Art. 64, Abs. 2, Graubünden, Art. 25, Abs. 3, Wallis, Art. 47, Aargau, Art. 37, Abs. 2, Thurgau, § 38, verbieten, dass mehr als *ein* Mitglied des Regierungsrates der B. Vers. angehöre. Alle diese Verfassungen haben die eidg. Garantie erhalten.

[2]) Vgl. Art. 26 und 27 des B. Ges. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dez. 1850, A. S., II, 149.

als Wahlbehörde genannt. Mit den vom B. R. gewählten Beamten waren alle Beamten der Bundesverwaltung gemeint, da damals alle durch den B. R. gewählt wurden. Jenes Unterscheidungsmerkmal wäre auch kaum das richtige. Art. 77 stellt den Grundsatz auf, dass die der Bundesverwaltung angehörigen Beamten nicht zugleich Mitglieder des N. R. sein können, weil die staatlichen Funktionen der beiden Behörden von einander unabhängig bleiben sollen; eine weitere Unterscheidung macht Art. 77 nicht. Aus dem gleichen Grund trifft die Inkompatibilität auch *die vom B. Ger. gewählten Beamten* der Bundesrechtspflege. O. G. Art. 7.

Art. 78.

Der Nationalrat wählt aus seiner Mitte für jede ordentliche oder ausserordentliche Sitzung einen Präsidenten und Vizepräsidenten.

Dasjenige Mitglied, welches während einer ordentlichen Sitzung die Stelle eines Präsidenten bekleidete, ist für die nächstfolgende ordentliche Sitzung weder als Präsident noch als Vizepräsident wählbar. Das gleiche Mitglied kann nicht während zwei unmittelbar auf einander folgenden ordentlichen Sitzungen Vizepräsident sein.

Der Präsident hat bei gleich geteilten Stimmen zu entscheiden; bei Wahlen übt er das Stimmrecht aus wie jedes Mitglied.

I. Geschichte.

Die I. Sektion der *Revisionskommission von 1848* beantragte, in Anlehnung an bisheriges Recht (Art. 9): «Der Repräsentantenrat wird durch den Bundespräsidenten präsidiert (Art.) und wählt sich einen Vizepräsidenten, welcher in der nächstfolgenden ordentlichen Sitzung als solcher nicht wieder wählbar ist.» Die Kommission zog aber vor, den Präsidenten durch den Rat selber wählen zu lassen. Ferner wurde vorgeschlagen, den Präsidenten nur für ein Jahr zu wählen; dieser Antrag wurde in der folgenden Sitzung dahin modifiziert, «dass der Präsident nicht für ein Jahr, sondern jeweilen nur für die Dauer einer Sitzung ernannt werden sollte», um allfällige Kollisionen zwischen dem Präsidenten des Repräsentantenrats und dem Präsidenten des B. R. zu vermeiden. Dieser letztere Antrag wurde angenommen. Demgemäss enthielt die in 2. Beratung vorgelegte Redaktion die Worte: «für jede ordentliche und ausserordentliche Sitzung»; bei der gleichen Gelegenheit entstand ein dem heutigen entsprechender 3. Absatz. Die Kommission redigierte: «ordentliche *oder* ausserordentliche»[1].

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 110, 123, 124.

In der Tagsatzung stellte *Wallis* den Antrag, die nähere Bestimmung «oder ausserordentliche» zu streichen, indem die Präsidentschaft von einer ordentlichen Sitzung zur andern sich erstrecken sollte; der Antrag wurde aber abgelehnt. Die Bestimmung erhielt durch die Redaktoren ihre definitive Fassung, in welcher sie als Art. 67 in die Verfassung von 1848 überging und von da unverändert in die Verfassung von 1874[1]).

II. Auslegung.

Art. 78 der B. V. schreibt deutlich vor, dass für jede ordentliche und für jede ausserordentliche Sitzung, d. h. im heutigen Sprachgebrauch Session, des N. R. ein neuer Präsident und ein neuer Vizepräsident zu wählen sind. Die B. V. von 1848, Art. 75, wie die heutige, Art. 86, sah nur eine jährliche ordentliche Sitzung der B. Vers. vor, welche das B. Ges. über den Geschäftsverkehr, vom 22. Dez. 1849, Art 1 (A. S., I, 279) in den Monat Juli verlegte, der B. B. vom 17. Dez. 1873 (A. S., XI, 434) in den Monat Juni. Schon 1849 folgte der ordentlichen Session vom Juli eine zweite im Dezember, eine Übung, welche der B. B. betr. den Zeitpunkt der Budgetberatung, vom 22. Dez. 1863 (A. S., VIII, 21), und neuerdings das B. Ges. über den Geschäftsverkehr etc., vom 9. Okt. 1902 (A. S., XIX, 387) bestätigten. Es ist klar, dass damit in Wirklichkeit zwei ordentliche Sessionen im Jahr stattfinden, heisse man nun die eine die Fortsetzung der andern oder die beiden Sessionen eine einzige mit zwei Abteilungen. Art. 78 der B. V. wurde von Anfang an nicht beobachtet, indem der gleiche Präsident und Vizepräsident für beide ordentliche Sessionen und ausserdem für die ausserordentlichen eines Jahres im Amte blieb[2]). Wenn auch diese dem Wortlaut der Verfassung widersprechende Auslegung durch die Verfassungsrevision von 1874 als gutgeheissen gelten kann, so wäre es doch richtiger gewesen, bei jener Gelegenheit den Verfassungstext mit der Praxis in Einklang zu bringen.

Die einzigen *Wahlen*, die der N. R. allein vorzunehmen hat, sind diejenigen des Bureaus und der Kommissionen[3]); sie finden nach dem Geschäftsreglement vom 5. Juni 1903, Art. 85, schriftlich und geheim statt, nach dem früheren Reglement vom 9. Juli 1850 (A. S., II, 14) nur die ersteren; verteilen sich die Stimmen in zwei aufeinander folgenden Wahlgängen gleich, so entscheidet das Los; Art. 89 des Geschäftsreglements (vgl. Art. 74 des alten).

Die Bestimmungen des nationalrätlichen Reglements gelten nach Art. 15 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr auch bei den Wahlen der vereinigten B. Vers.

Art. 79.

Die Mitglieder des Nationalrates werden aus der Bundeskasse entschädigt.

---

[1]) Absch. 1817, IV, S. 113—114, 273—274.

[2]) Wie die im Statist. Jahrbuch der Schweiz, X, 1901, S. 298, publizierte Tabelle zeigt. Art. 14 des Geschäftsreglements des N. R. vom 5. Juni 1903; A. S., XIX, 627.

[3]) Die Übersetzer werden vom B. R. gewählt.

Die Bestimmung des Art. 79 wurde schon durch die Revisionskommission von 1848 nach Vorschlag der I. Sektion in gleicher Fassung (ausgenommen die Benennung des N. R.) angenommen.

Die Mitglieder des N. R. erhalten Taggelder von Fr. 20 für die Sitzungen des Rates und der Kommissionen, an denen sie teilnehmen: B. B. vom 22. Dez. 1874 (A. S., I, 496), in Abänderung des B. B. vom 22. Dez. 1869 (A. S., X, 2), welcher die Taggelder auf Fr. 14 festsetzte. Die Reiseentschädigungen hat das B. Ges. betr. Reiseentschädigungen, vom 16. Aug. 1878 (A. S., III, 656), auf 20 Rappen für jeden zurückgelegten Kilometer festgesetzt. Die Distanzen werden nach dem durch B. R. B. vom 1. Febr. 1901 genehmigten Distanzenzeiger berechnet (A. S., XVIII, 547, 549). Für Gebirgsrouten mit erhöhten Posttaxen und ihre Nebenstrassen wird eine Zuschlagstaxe von 20 Rappen entrichtet. Der B. R. hat der B. Vers. am 7. Dez. 1903 den Entwurf eines B. Ges. betr. die Taggelder und Reiseentschädigungen der eidg. Behörden vorgelegt, welcher die Reiseentschädigungen herabsetzt (B. Bl. 1903, V, 181); er wurde erst im N. R. beraten. (St. B. XV, 155, 166, 191, 212.)

B. Ständerat.

Art. 80.

Der Ständerat besteht aus 44 Abgeordneten der Kantone. Jeder Kanton wählt zwei Abgeordnete, in den geteilten Kantonen jeder Landesteil einen Abgeordneten.

I. Geschichte.

Vgl. Art. 71.

Im J. 1872 beantragte *Carteret* im N. R., die Amtsdauer des St. R. auf drei Jahre festzusetzen; der Antrag blieb aber in Minderheit[1]. Ebenso erging es dem im St. R. 1873 gestellten Antrag der Kommission, den St. R. zugleich wie den N. R. auf drei Jahre zu wählen, dem Antrag *Wirz*, den St. R. durch das Volk wählen zu lassen, und dem eventuellen Antrag *Roguin*, die Mitglieder des St. R. abberufbar zu erklären[2]. Auch der Antrag, dass nur Personen weltlichen Standes wählbar seien, wurde gestellt und verworfen.

Über einen i. J. 1884 durch N. R. *Keller* gestellten Antrag auf Abschaffung des St. R. vgl. *Salis*, I, S. 467.

II. Auslegung[3].

1. Der St. R. ist ein *Organ des Bundes*, nicht der Kantone; denn er wirkt mit zur Bildung des gesetzgeberischen Willens des Bundes. Die Kantone sind ihrerseits Organe des Bundes, sofern sie von Bundes-

[1] Prot. des N. R. 1871—72, S. 396.

[2] Prot. der eidg. Räte, 1873—74, S. 358—359.

[3] *Blumer-Morel*, III, 54 ff. *Veith*, Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt nach schweiz. Bundesstaatsrecht, Diss., Schaffh. 1902, S. 72 ff.

rechts wegen den St. R. zu bilden berufen sind: ihr Wille bestimmt, wer dem St. R. angehören, oder genauer, wer diese Wahl treffen soll. Das Verhältnis des St. R. zu den Kantonen ist beherrscht durch Art. 91 B. V. und dort näher zu erörtern. Dort wird sich auch ergeben, dass der St. R. die Kantone nicht im Rechtssinne vertritt und dass die «Abgeordneten» der Kantone so wenig Vertreter derselben sind, als die Abgeordneten im N. R. Vertreter des schweizerischen Volkes.

Die Frage nach der Vertretung oder dem Stimmrecht der Halbkantone in der Versammlung stellt sich daher heute nicht mehr, da die ganzen Kantone so wenig als die halben im St. R. eine Vertretung oder ein Stimmrecht besitzen, wie es zur Zeit der Tagsatzung der Fall war.

2. Die B. V. normiert weder die *Wählbarkeit*, noch die *Wahlberechtigung* und die *Wahlart*, noch die *Amtsdauer* des St. R. Alles dies wurde bewusstermassen den Kantonen überlassen.

Von Bundes wegen sind auch Geistliche in den St. R. wählbar, wie die Entstehungsgeschichte des Art. 80 ergibt; den Kantonen ist es aber auch nicht verboten, die Geistlichen auszuschliessen, wie es die B. V. selbst bezüglich des N. R. tut (vgl. oben Art. *4*, S. 85, und Art. *49*, S. 488 f.)[1]. Dagegen darf die Wahlfähigkeit nicht auf Kantonsbürger eingeschränkt werden[2] mit Rücksicht auf Art. 43, Abs. 4, B. V., wohl aber auf die Kantonsbewohner; nebst diesen könnten wohl auch die Kantons*bürger* ausserhalb des Kantons wahlfähig erklärt werden.

Den Kantonen ist es ebenfalls anheimgestellt, den Wahlkörper zu bezeichnen; in den meisten Kantonen werden die Ständeräte durch das Volk ernannt, in den rein demokratischen Kantonen durch die Landsgemeinde. Die Stimmberechtigung ist diejenige des kantonalen Rechts. In den Kantonen Bern, Luzern, Freiburg, St. Gallen, Aargau, Waadt, Wallis und Neuenburg werden sie durch den Grossen Rat ernannt[3]. M. E. könnte auch der Regierungsrat zur Wahlbehörde gemacht werden, obschon *Schollenberger*, Kommentar, S. 499, zuzugeben ist, dass dies der Tendenz der B. V. wenig entsprechen würde.

Wie die Wahl der Ständeräte durchaus gemäss kantonalem Recht stattfindet, so ist sie auch eine kantonale Wahl; Rekurse über Ständeratswahlen sind wie Rekurse über andere kantonale Wahlen gemäss Art. 189 des O. G. an den B. R. und in letzter Instanz an die B. Vers. zu richten, so dass der St. R. nicht wie der N. R. seine Wahlen selber validiert, sondern der Entscheidungskompetenz des B. R. und u. U. der Mitentscheidungskompetenz des N. R. unterstellt ist[4].

Die *Amtsdauer* der einzelnen Mitglieder des St. R. ist nicht in allen Kantonen die gleiche; sie ist 4 Jahre in Zug, 2 Jahre in Freiburg, 1 Jahr in Luzern, Uri, Nidwalden, St. Gallen, Aargau, Waadt und Neuenburg

---

[1]) Dies ist nicht, wie es *Schollenberger*, Kommentar, S. 499–500, in etwas unklarer Unterscheidung tut, daraus zu folgern, dass Art. 81 diese Inkompatibilität nicht kenne; denn der geistliche Stand wurde in der konstituierenden Tagsatzung und B. Vers. als ein Grund der Nichtwählbarkeit betrachtet, und es sollen über diesen Punkt die Art. 75 u. 80 gelten.

[2]) Wie es ein bei *Veith*, S. 86, angeführtes Neuenburger Dekret vom 23. Nov. 1848 tat.

[3]) *Schollenberger*, Kant. Staats- und Verwaltungsrecht, I, 11. *Veith*, S. 84.

[4]) Nach Art. 3 des Geschäftsreglementes vom 27. März 1903 (A. S., XIX, 529) prüft der St. R. nur die von den Kantonsregierungen ausgestellten Ernennungsakte auf ihre formelle Richtigkeit. B. R. B. vom 17. Nov. 1893 i. S. radikal-liberales Wahlkomitee von Genf, B. Bl. 1893, IV, 896; vgl. 1893, V, 71. *Salis*, I, Nr. 171. *Veith*, S. 87.

und 3 Jahre, meist übereinstimmend mit der Amtsdauer des N. R., in den andern Kantonen.

Es steht auch nichts entgegen, dass der Kanton sich das Abberufungsrecht vorbehalte, wie dem Grossen Rat von Neuenburg und Waadt zusteht[1].

Die Amtsdauer hört nur dann kraft Bundesrechts auf, wenn gemäss Art. 120, Abs. 2, B. V. beide Räte neu zu wählen sind.

Sache der Kantone ist es, dafür zu sorgen, dass ihre Ständeratsstellen stets besetzt seien.

Art. 81.

Die Mitglieder des Nationalrates und des Bundesrates können nicht zugleich Mitglieder des Ständerates sein.

Der Vorschlag der I. Sektion in der Revisionskommission von 1848 enthielt eine inhaltlich entsprechende Bestimmung über die Tagsatzung (Art. 22); sie wurde mit veränderter Benennung der Behörden bis heute beibehalten, in der B. V. von 1848 als Art. 70.

Wegen Unvereinbarkeit sind vom St. R. ausgeschlossen durch Art. 81 die Mitglieder des N. R. und des B. R., durch Art. 108, Abs. 2, die Mitglieder des B. Ger. Die Inkompatibilitäten des St. R. wurden im Gegensatz zu denjenigen des N. R. bewusstermassen eingeschränkt, um den Kantonen grössere Freiheit zu lassen; der Antrag, die Bundesbeamten vom St. R. ebenfalls auszuschliessen, wurde mehrmals gestellt und abgelehnt[3]. Sind diese Funktionen aber mit dem St. R. Mandat vereinbar, so ist m. E. kein Grund vorhanden, bezüglich der von der B. Vers. oder vom B. Ger. zu besetzenden Ämter mit Ausnahme des Bundeskanzlers und seiner Stellvertreter anders zu entscheiden.

Soll nun diese Regelung durch die B. V. eine abschliessende sein, oder ist es den Kantonen erlaubt, für ihre Vertreter im St. R. weitere Inkompatibilitäten aufzustellen? Bezüglich kantonaler Ämter ist die Frage ohne Zweifel zu bejahen, vgl. Art. 77; bedenklicher ist sie bezüglich anderer eidgenössischer Beamtungen, z. B. der Beamten der Bundesverwaltung. Erwägt man aber, dass die Bestimmung bloss aufgestellt wurde, um den Kantonen die Freiheit der Wahl zu lassen[4], so neigt man zum Schluss, dass auch hier den Kantonen vorbehalten ist, über die B. V. hinauszugehen[5]. Andernfalls müsste ihnen auch verboten

[1]) Loi concernant l'élection des députés du canton de Neuchâtel au Conseil des Etats suisse, du 20 déc. 1885, rec. des lois, I, p. 252; das von *Veith*, S. 87, zitierte Dekret vom 23. Nov. 1848 ist durch dieses Gesetz aufgehoben worden. — Waadtländisches Décret du 11 mai 1849 sur la nomination des membres du Conseil des Etats.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 157, 180, 201; Absch. 1847, IV, S. 115.

[3]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 156; des N. R. 1872, S. 396; Prot. des St. R. vom 15. Feb. 1872; *Bulletin*, 400; Prot. der N. R. K. 1873, S. 13; der eidg. Räte 1873—1874, S. 169, 359.

[4]) Äusserungen, wie die Prot. der N. R. K. 1871, S. 156 unten angeführten, wo die Abweichung von der Fassung des Art. 77 damit begründet wird: Die Kantone müssen die Ständeräte beliebig und nach ihrem eigenen Ermessen wählen können.

[5]) Gl. A. scheint *Schollenberger*, Kommentar, S. 500, zu sein.

sein, die Bekleidung eines nach der B. V. vereinbaren Amtes als Nichtwählbarkeitsgrund hinzustellen, da damit dasselbe und noch mehr erreicht würde wie mit einer Unvereinbarkeitsbestimmung. Dieser Regelung liegt die Anschauung zu Grunde, dass die Mitglieder des St. R. wirkliche Vertreter der Kantone seien.

Art. 82.

Der Ständerat wählt für jede ordentliche oder ausserordentliche Sitzung aus seiner Mitte einen Präsidenten und Vizepräsidenten.

Aus den Abgeordneten desjenigen Kantons, aus welchem für eine ordentliche Sitzung der Präsident gewählt worden ist, kann für die nächstfolgende ordentliche Sitzung weder der Präsident noch der Vizepräsident gewählt werden.

Abgeordnete des gleichen Kantons können nicht während zwei unmittelbar aufeinander folgenden ordentlichen Sitzungen die Stelle eines Vizepräsidenten bekleiden.

Der Präsident hat bei gleich geteilten Stimmen zu entscheiden; bei Wahlen übt er das Stimmrecht aus wie jedes Mitglied.

I. Geschichte.

Die I. Sektion der *Revisionskommission von 1848* beantragte als Art. 17 ihres Entwurfs: «Die Tagsatzung wählt für jede Sitzung einen Vizepräsidenten. Der Gesandte des gleichen Kantons kann nicht während zwei ordentlichen Sitzungen die gleiche Stelle bekleiden.» Da beide Abteilungen der B. Vers. gemeinschaftlich verhandelten, war auch nur *ein* Präsident der B. Vers. vorgesehen.

Nachdem die gemeinschaftliche Beratung gestrichen worden war, wurde auch die Wahl eines Präsidenten vorgesehen. Abs. 1 wurde darauf redigiert wie heute. Abs. 2: «Gesandte des gleichen Kantons können nicht während zwei unmittelbar aufeinander folgenden ordentlichen Sitzungen die gleiche Stelle bekleiden.» Abs. 3 inhaltlich übereinstimmend mit dem heutigen[1]).

In der Tagsatzung stellte *Schaffhausen*, wie bei Art. 78, den Antrag, den Präsidenten auf 1 Jahr zu wählen, blieb aber in Minderheit, worauf

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 125, 157, 180, 201.

auch *Wallis* seinen Antrag zurückzog, das Wort «ausserordentliche» in Abs. 4 zu streichen.

Die Redaktoren wurden ersucht, eine Fassung zu wählen, aus der deutlich zu entnehmen sei, dass sich die Nichtwiederwählbarkeit nur auf die Eigenschaft als Präsident und Vizepräsident der Abgeordneten beziehe; die Redaktoren wählten darauf, mit Ausnahme des Wortes «Gesandten» statt «Abgeordneten» im 2. Absatz, die heutige Fassung[1], die als Art. 71 in die B. V. von 1848 aufgenommen wurde.

II. Auslegung.

Über die Amtsdauer des Präsidenten und Vizepräsidenten ist das Gleiche zu sagen wie bei Art. 78; auch im St. R. entsprach die Praxis von Anfang an der B. V. nicht[2].

Die Abs. 2 und 3 schreiben unter den Abordnungen von wenigstens 3 Kantonen eine Kehrordnung vor in der Besetzung der Präsidenten- wie der Vizepräsidentenstelle. In der Regel wird, wie im N. R., der Vizepräsident nach Ablauf seiner (jährlichen) Amtsdauer zum Präsidenten gewählt.

Über die Form der Abstimmung vgl. Art. 57—62 des Geschäfts-Reglementes vom 27. März 1903 (A. S. XIX, 540). Nach Art. 66 dieses Reglementes finden sämtliche Wahlen in geheimer Abstimmung mit absolutem Stimmenmehr statt; sind Wahlen oder Abstimmungen durch das Bureau vorzunehmen, so zählt nach Art. 12, Abs. 2, die Stimme des Präsidenten bei Stimmengleichheit doppelt.

Art. 83.

Die Mitglieder des Ständerates werden von den Kantonen entschädigt.

Auch diese Bestimmung geht auf den mehrerwähnten Vorschlag der I. Sektion der Revisionskommission von 1848 zurück, von wo sie inhaltlich unverändert als Art. 72 in die Verfassung von 1848 überging[3]. Der Antrag, die Mitglieder des St. R. aus der Bundeskasse zu entschädigen, wurde zwar mehrmals gestellt, aber stets abgelehnt[4].

Eine Pflicht der Kantone, ihre Abgeordneten zu entschädigen, will die B. V. m. E, nicht statuieren; die Kantone sollen darin eben so frei bleiben wie zur Zeit der alten Tagsatznng. Tatsächlich zahlen alle Kantone Taggelder und Reiseentschädigungen, und zwar in der Regel zu gleichen Ansätzen wie der Bund den Nationalräten[5]. Für Kommissionssitzungen und dadurch veranlasste Reisen erhalten sie gemäss B. Ges. vom 16. Aug. 1878 Entschädigungen aus der Bundeskasse wie die Mitglieder des N. R., was m. E. der B. V. nicht entspricht.

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 115—116, 273.

[2]) Statistisches Jahrbuch, X, 298. Vgl. Art. 1 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr zwischen N.R., St.R. und B.R. etc. vom 9. Okt. 1902, A.S. XIX, 386, und Art. 11 des Geschäftsreglementes des St. R. vom 27. März 1903, A. S. XIX, 531.

[3]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 126. 157, 180.

[4]) Absch. 1847, IV, S. 116 (*Wallis*); Prot. der N. R. K. 1871, S. 156 (*Kaiser*).

[5]) *Veith*, Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, S. 89; *Schollenberger*, Kommentar, S. 502; vgl. oben Art. *79*.

C. Befugnisse der Bundesversammlung.

Art. 84.

Der Nationalrat und der Ständerat haben alle Gegenstände zu behandeln, welche nach Inhalt der gegenwärtigen Verfassung in die Kompetenz des Bundes gehören und nicht einer andern Bundesbehörde zugeschieden sind.

I. Geschichte.

Der *Bundesvertrag von 1815* enthielt im Eingang des § VIII den Satz: « Die Tagsatzung besorgt, nach den Vorschriften des Bundes-Vertrages, die ihr von den souveränen Ständen übertragenen Angelegenheiten des Bundes. » Die Tagsatzung hatte in den eidg. Angelegenheiten *jeder Art* zu entscheiden und schloss, wenn sie versammelt war, die Entscheidungsbefugnis der vorörtlichen Regierung aus. Wohl in Anlehnung an jene Bestimmung des Bundesvertrages beantragte die I. Sektion der *Revisionskommission von 1848* einen mit dem heutigen inhaltlich übereinstimmenden Artikel 23 über die Befugnisse der aus einem Repräsentantenrat nach Art des N. R., und einer Tagsatzung nach altem Muster zusammengesetzten Bundesversammlung. Die Kommission genehmigte diesen Antrag ohne Diskussion und gab ihm die heutige Fassung[1]. — Die Tagsatzung bestätigte ihn ebenfalls beinahe ohne Diskussion[2] — und machte daraus Art. 73 der B. V, von 1848. Auch *1872 und 1874* betrachtet man die Bestimmung wohl als selbstverständlich und liess sie ohne Anfechtung passieren.

II. Auslegung.

Obschon Art. 84 in heutiger Form erst 1848 durch die konstituierenden Behörden der neuen Verfassung selbst formuliert wurde, ist er doch aus einer Auffassung der B. Vers. hervorgegangen, die ganz der Zeit des Bundesvertrages angehört. Damals konnte man ohne Einschränkung sagen, die Tagsatzung sei in allen Bundesangelegenheiten zuständig, weil die Befugnisse zwischen ihr und dem Vorort nicht sachlich ausgeschieden waren; heute aber ist die B. Vers. vorzugsweise die gesetzgebende, der B. R. die oberste vollziehende und leitende, das B. Ger. die zur Ausübung der Rechtspflege berufene Behörde, und dieser Grundsatz der Gewaltentrennung ist m. E. über denjenigen des Art. 84 zu stellen; vgl. Art. *71*. Gehört ein Gegenstand der Vollziehung und Verwaltung oder der Rechtspflege an, so sind trotz Art. 84 der B. R.[3])

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 115, 126, 157, 180, 201.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 116. *Aargau* beantragte Streichung des Wortes „Ständerat“ und darauf *Unterwalden* diejenige des Wortes „Nationalrat“, was beides abgelehnt wurde.

[3]) Wie auch aus dem Worte „vorzüglich“ in Art. 102, Eingang, hervorgeht.

oder das B. Ger. zuständig, wenn nicht die Verfassung selbst eine Ausnahme statuiert; nur wenn der Gegenstand der Gesetzgebung angehört, ist die B. Vers. ohne weiteres zuständig. Da aber jeder Beschluss einer dieser drei Kategorien angehören muss, hat Art. 84 neben dem in den Art. 85, 102 und 106 aufgestellten Grundsatz keine Bedeutung mehr: er kann nie eine Kompetenz der B. Vers. begründen, die nicht schon anderweitig begründet wäre, etwa zur Entscheidung von Beschwerden oder wichtigen Verwaltungsbeschlüssen, wie es mitunter behauptet wird [1]).

Art. 85.

Die Gegenstände, welche in den Geschäftskreis beider Räte fallen, sind insbesondere folgende:

1. Gesetze über die Organisation und die Wahlart der Bundesbehörden.

2. Gesetze und Beschlüsse über diejenigen Gegenstände, zu deren Regelung der Bund nach Massgabe der Bundesverfassung befugt ist.

3. Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden und der Bundeskanzlei; Errichtung bleibender Beamtungen und Bestimmung ihrer Gehalte.

4. Wahl des Bundesrates, des Bundesgerichtes, des Kanzlers, sowie des Generals der eidgenössischen Armee.

Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, auch die Vornahme oder Bestätigung weiterer Wahlen der Bundesversammlung zu übertragen.

5. Bündnisse und Verträge mit dem Auslande, sowie die Gutheissung von Verträgen der Kantone unter sich oder mit dem Auslande. Solche Verträge der Kantone gelangen jedoch nur dann an die Bundesversammlung, wenn vom Bundesrat oder einem andern Kanton Einsprache erhoben wird.

---

[1]) Z. B. anlässlich der Beschwerde Germani wegen Ausweisung, durch N. R. *Scherrer-Füllemann*, St. B. IX, 979, und St. R. *Python*, ibid. 1021. *Schollenberger*, Kommentar, S. 503, ist grundsätzlich der gl. A. wie im Text, nur dass er eine Präsumption zu gunsten der B. Vers, für alle Geschäfte annimmt, die nach allgemeinen Grundsätzen einer *gesetzgebenden* Behörde zukommen, namentlich Gesetzgebung, Budgetbewilligung und parlamentarische Aufsicht.

6. Massregeln für die äussere Sicherheit, für Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz, Kriegserklärungen und Friedensschlüsse.

7. Garantie der Verfassungen und des Gebietes der Kantone; Intervention infolge der Garantie, Massregeln für die innere Sicherheit, für Handhabung von Ruhe und Ordnung; Amnestie und Begnadigung.

8. Massregeln, welche die Handhabung der Bundesverfassung, die Garantie der Kantonalverfassungen, die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen zum Zwecke haben.

9. Verfügungen über das Bundesheer.

10. Aufstellung des jährlichen Voranschlages und Abnahme der Staatsrechnung, sowie Beschlüsse über Aufnahme von Anlehen.

11. Die Oberaufsicht über die eidgenössische Verwaltung und Rechtspflege.

12. Beschwerden gegen Entscheidungen des Bundesrates über Administrativstreitigkeiten (Art. 113).

13. Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden.

14. Revision der Bundesverfassung.

I. Geschichte.

Der Inhalt der dem Art. 85 entsprechenden Bestimmungen früherer Verfassungen hat gewechselt je nach dem Kompetenzenkreis des Bundes und der Organisation der Bundesbehörden.

Die Entwürfe von 1832 und 1833 zählten die Befugnisse der Tagsatzungen in den Art. 50—54, bezw. 45—49 auf, in der Hauptsache wie folgt:

Nach Art. 50 (45 im E. von 1833) hatte die Tagsatzung *in allgemeiner Beziehung* folgende Verrichtungen: Erlass der Bundesgesetze, namentlich eines Gesetzes über Bundesexekution; Entscheidung über die Kompetenz der Bundesbehörden (nach dem E. 1833 konnte sie Streitigkeiten zwischen dem B. R. und einem Kanton an das B. Ger. überweisen und Erläuterung der Bestimmungen der Bundesurkunde, wo nötig (nach E. 1833 auch Bundesrevision); Aufsicht über die Erfüllung der Verbindlichkeiten der Bundesglieder, Wahl der Bundesbeamten nach Massgabe der Bundesurkunde, der Gesetze oder Beschlüsse; Aufsicht über die Bundesbeamten mit der Befugnis, sie in Anklagestand zu erkennen.

Nach Art. 51 (46) hatte sie in besonderer Hinsicht auf *auswärtige Verhältnisse* die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen zu wahren, für Erhaltung freundschaftlicher Verhältnisse und Erfüllung der vertragsmässigen Verpflichtungen zu sorgen, die erforderlichen Massnahmen zur Behauptung der Unabhängigkeit und Erhaltung der Neutralität der Eidgenossenschaft zu treffen, Krieg zu erklären und Frieden sowie andere Staatsverträge zu schliessen, auswärtige Staaten und Regierungen anzuerkennen, diplomatische Agenten und Konsuln zu wählen, die Verträge der Kantone mit dem Ausland zu prüfen.

Nach Art. 52 (47) hatte sie *in bezug auf das Innere* folgende Pflichten und Befugnisse: Schutz des freien Verkehrs nach Art. 14, Bewilligung der Zölle, Weg- und Brückengelder; Aufsicht über Verbrauchssteuern und, nach dem E. 1832, kantonale Verfügungen über Wucher und Vorkauf, und die Strassen; nach dem E. 1833 über das Postwesen; nach beiden: Bundesgesetze über Mass und Gewicht; Bestimmung der Dauer der Niederlassungsbewilligung und der Kanzleigebühr; gesundheitspolizeiliche Verordnungen; Gutheissung interkantonaler Verträge; Gewährleistung der Kantonsverfassungen; Handhabung der Ordnung und Intervention; Begnadigung bei Strafurteilen des B. Ger. (E. 1833 auch Amnestierung; ferner Behandlung der Bittschriften).

In bezug auf *Wehranstalten* hatte die Tagsazung nach Art. 53 (48) nebst der Gesetzgebung die Aufstellung des Bundesheeres zu beschliessen und den Oberbefehlshaber, den Oberkriegskommissär und den Oberstquartiermeister, nach dem E. 1833 ausser den erstern die durch Gesetz zu bezeichnenden Militärbeamten zu ernennen.

Nach Art. 54 (49) hatte die Tagsatzung im Gebiete des *Finanzwesens* über die Erhaltung des Kapitalfonds zu wachen, den jährlichen Voranschlag zu bestimmen, die Rechnungen abzunehmen, nach dem 1833er E. auch ausserordentliche Kredite zu bewilligen und die Gehalte der Bundesbeamten und -Bediensteten zu bestimmen; ferner die Grenzgebühren festzusetzen (nach E. 1832 Anstalten zur Verwaltung des Postregals zu treffen und B. Ges. zu erlassen), für Ausübung des Münzregals zu sorgen, die ihr über Fabrikation und Verkauf des Schiesspulvers zustehenden Befugnisse auszuüben, nach dem E. 1833 die Geldskala der Kantone zu revidieren.

Der Vorschlag der I. Sektion in der *Revisionskommission von 1848* zählte 15 Gegenstände als in die Kompetenz der getrennt, 29 als in die Kompetenz der vereint abstimmenden Räte gehörend auf; die Minderheit der Sektion wollte 21 Gegenstände in die Kompetenz der beiden getrennt abstimmenden Räte legen, 18 Gegenstände in die Kompetenz des Repräsentantenrats allein, und 5 in diejenige der Tagsatzung allein.

Diese Unterscheidungen fielen mit der Annahme des Zweikammersystems dahin.

Die Anordnung der Entwürfe von 1832 und 1833 mit derjenigen der Minderheit der I. Sektion kombinierend, schlug darauf die Redaktion in zweiter Beratung eine der B. V. von 1848 sich annähernde Redaktion vor (Art. 15). Die Kommission erhob sie mit wenigen Änderungen zum Beschluss; es wurde namentlich beschlossen, auch den Chef des Generalstabs, als den natürlichen Vertreter des Oberbefehlshabers, durch die B. Vers. wählen zu lassen [1].

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 111, 115, 120, 157, 180, 193.

In der Tagsatzung beantragte *Solothurn,* die Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Ausland nur dann durch die B. Vers. gutheissen zu lassen, wenn vom B. R. oder andern Kantonen Einsprache erhoben werde, und in der folgenden Ziffer (6) die Worte «und Neutralität» wegzulassen; beides wurde in 1. Beratung beschlossen, letzteres aber später wieder hergestellt; anstatt oder neben Neutralität zu setzen: «und Wahrung der völkerrechtlichen Verhältnisse», wurde abgelehnt. *Appenzell A.-Rh.* wollte die Bündnisse und Verträge mit dem Auslande, Kriegserklärungen und Friedensschlüsse auch der Sanktion des Volkes unterstellen, *Graubünden* diese Beschlüsse (ausser den gewöhnlichen internationalen Verträgen), sowie das Aufgeben der Neutralität und die Revision der Geld- und Mannschaftsskala der Ratifikation der Stände unterstellen; es stimmte aber niemand als die Antragsteller dafür. Zu Ziffer 7, betreffend Begnadigung, beantragte *Solothurn* den Zusatz: «in den Fällen des Art. 100[b]» (= Art. 112 von heute), fand aber keine genügende Unterstützung.

Die Wahl der eidg. Obersten durch die B. Vers. wurde wie in der Revisionskommission abgelehnt. Dagegen wurde auf Vorschlag *Zürichs* zwischen Ziffer 14 und 15 eingeschaltet: «Die Entscheidung politischer Streitigkeiten zwischen den Kantonen.» In zweiter Beratung wurde der Ausdruck «politischer» durch «staatsrechtlicher» ersetzt. Ferner wurde eine neue Ziffer 15 eingefügt: «Beschwerden von Kantonen oder Bürgern über Verfügungen des Bundesrates», um auszudrücken, dass in der Weise eine Beaufsichtigung des Bundes bestehe, dass man auf dem Wege der Beschwerdeführung gegen Erlasse der Vollziehungsgewalt an die obersten Behörden gelangen könne[1]).

Art. 74 lautete demnach in der Verfassung von 1848:

«Die Gegenstände, welche in den Geschäftskreis beider Räte fallen, sind insbesondere folgende:

1. Gesetze und Beschlüsse zur Ausführung der B. V., wie namentlich Gesetze über Bildung der Wahlkreise, über Wahlart, über Organisation und Geschäftsgang der Bundesbehörden und Bildung der Schwurgerichte.

2. = Ziffer 3 von heute.

3. Wahl des B. R., des B. Ger., des Kanzlers, des Generals, des Chefs des Stabes und eidgenössischer Repräsentanten.

4. Anerkennung auswärtiger Staaten und Regierungen.

5.—7. = heute.

8. Massregeln, welche die Handhabung der B. V., die Garantie der Kantonalverfassungen, die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen und den Schutz der durch den Bund gewährleisteten Rechte zum Zwecke haben.

9. Gesetzliche Bestimmungen über Organisation des eidgenössischen Militärwesens, über Unterricht der Truppen und über Leistungen der Kantone; Verfügungen über das Bundesheer.

10. Festsetzung der eidgenössischen Mannschafts- und Geldskala; gesetzliche Bestimmungen über Verwaltung und Verwendung der eidgenössischen Kriegsfonds; Erhebung direkter Beiträge der Kantone; Anleihen; Voranschlag und Rechnungen.

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 116—119, 274—275.

11. Gesetze und Beschlüsse über Zölle, Postwesen, Münzen, Mass und Gewicht, Fabrikation und Verkauf von Schiesspulver, Waffen und Munition.

12. Errichtung öffentlicher Anstalten und Werke und hierauf bezügliche Expropriationen.

13. Gesetzliche Verfügungen über Niederlassungsverhältnisse, über Heimatlose, Fremdenpolizei und Sanitätswesen.

14. = Ziffer 11 von heute.

15. Beschwerden von Kantonen oder Bürgern über Verfügungen des B. R.

16. Streitigkeiten unter den Kantonen, welche staatsrechtlicher Natur sind.

17. Kompetenzstreitigkeiten, insbesondere darüber:

a. ob ein Gegenstand in den Bereich des Bundes oder der Kantonalsouveränität gehöre;

b. ob eine Frage in die Kompetenz des B. R. oder des B. Ger. falle.

18. Revision der B. V.

Der Revisionsentwurf des B. R. vom 17. Juni 1871 liess den Art. 74 unverändert stehen (vgl. aber Art. *113*). In der N. R. K. wurde gegen der Wahl des Chefs des Stabes eingewendet, er sei nicht notwendig der berufene Stellvertreter des Generals; und die Wahl des Generals selbst müsse derjenigen Behörde zustehen, von der er seine Instruktionen empfange. Die Verfassung blieb indessen in diesem Punkt unverändert; dagegen wurde die Wahl der eidg. Repräsentanten gestrichen, da dies zu Missverständnissen geführt habe; die politischen Vertreter der Schweiz im Ausland habe der B. R. stets ernannt, und bezüglich der in einen Kanton abzuordnenden Kommissäre stehe der B. Vers. immer zu, die geeigneten Massnahmen zu treffen. Eine zur Revision dieses Artikels gewählte Redaktionskommission gab den Ziffern 1—3 ihre heutige Fassung, fügte der Ziffer 4 den 2. Absatz hinzu, und reduzierte die Ziffern 10 und 11 auf den Wortlaut der heutigen Ziff. 9 und 11, letztere mit Anfügung der Worte: Allgemeine Bestimmungen über Verwaltung des Staatsvermögens. Die Ziff. 11, 12 und 13 wurden gestrichen[1].

Der N. R. nahm nur wenige Änderungen vor; mit Rücksicht auf die erweiterten Kompetenzen des B. Ger. wurde die bisherige Ziff. 15 redigiert: 13. Soweit diese Gegenstände nicht in die Befugnisse des B. Ger. gelegt sind:

a. Beschwerden von Kantonen oder Bürgern über Beschlüsse oder Verfügungen des B. R.

b. Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden[2].

Im St. R. beantragte die Kommission, den Chef des Generalstabes nicht durch die B. Vers. wählen zu lassen, da diese Wahl besser dem General selber überlassen werde; die bisherige Ziff. 4 (Anerkennung auswärtiger Staaten) zu streichen, da in dieser Beziehung der B. R. die Schweiz zu vertreten habe; in Ziff. 8 den letzten Satzteil («und den Schutz ...») als unnötig wegzulassen; endlich an Stelle der Ziff. 13 des N. R. die andere «Redensart» zu setzen: «Beschwerden gegen Entscheidungen des B. R. in den ihm nach Art. 113 zugewiesenen Admini-

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 40, 161 ff., 208, 226, 232.

[2]) Prot. des N. R. 1871—72, S. 399, 411, 472, 485, 519, 521, 559—560, 583.

strativstreitigkeiten.» Alle diese Anträge wurden angenommen, und zudem der B. Vers. neuerdings die Wahl der eidg. Repräsentanten vindiziert, letzteres vor der Opposition des N. R. aber wieder fallen gelassen; der 2. Abs. der gleichen Ziff. 4 wurde gestrichen[1]).

Art. 81 des Entwurfs von 1872 unterschied sich somit von dem heutigen Art. 84 nur in Ziff. 4, wo auch die Wahl des Stellvertreters des Kanzlers vorgesehen war, und der 2. Absatz fehlte; in Ziff. 10, welcher den erwähnten Zusatz enthielt, und redaktionell in Ziff. 12.

Der B. R. beantragte in seiner Botschaft vom 4. Juli 1873, den Stellvertreter des Kanzlers nicht durch die B. Vers. wählen zu lassen, da dies einen Dualismus in die Kanzlei einzuführen geeignet sei. Die übrigen Änderungen wurden beinahe ohne Diskussion angenommen[2]).

II. Auslegung.

Die **rechtliche Bedeutung des Art. 85** ist unklar, weil sein Inhalt nicht auf einem einheitlichen Grundgedanken beruht.

a. Hauptzweck der Bestimmung ist, die Befugnisse der B. Vers. gegenüber denjenigen der andern Bundesbehörden, B. R. und B. Ger., abzugrenzen, also ein organisatorischer; es herrscht aber Unklarheit darüber, ob Art. 85 nicht auch materielles Recht enthalte, z. B. in Ziff. 6 betr. Neutralität, und namentlich auch Kompetenzabgrenzungen zwischen Bund und Kantonen, z. B. in Ziff. 6, 7 und 8.

b. Bezüglich des Hauptinhaltes des Artikels: Abgrenzung der Befugnisse der B. Vers. gegenüber andern Bundesbehörden, ist wiederum zweifelhaft, ob das Teilungsprinzip in der Art der Behandlung des Gegenstandes liegen soll, nämlich in der gesetzgeberischen oder nichtgesetzgeberischen, oder ob diejenigen Gegenstände, die besonders erwähnt sind, durch eine andere Behörde als die B. Vers. überhaupt nicht geregelt werden sollen, auch nicht im Verordnungswege. Ist ersteres der Sinn von Art. 85, so bedurfte es keiner Aufzählung besonderer Gegenstände der Gesetzgebung, wie es in Ziff. 1 und vielleicht 3 geschehen, und in ausgedehnterem Mass in der B. V. von 1848 der Fall war; es genügte, diejenigen Befugnisse dem Gegenstande nach zu erwähnen, die nicht gesetzgeberischer Art sind, wie Wahlen etc.; in diesem Fall ist auch das Wort «insbesondere» im Eingang unrichtig, denn es ist selbstverständlich, dass die Gesetzgebung über jeden Gegenstand nur der B. Vers. zusteht, und es ist nach dem bei Art. 71 und 84 Gesagten sicher, dass der B. Vers. nur diejenigen administrativen und gerichtlichen Entscheidungen zustehen, die ihr *ausdrücklich* zugeschieden sind.

Soll aber das Teilungsprinzip nicht in der Form der Behandlung, nämlich der gesetzgeberischen oder nichtgesetzgeberischen, beruhen, so ist bei einer Anzahl Gegenstände unsicher, ob sie ausdrücklich erwähnt sind, weil sie *nur* auf dem Wege der Gesetzgebung geregelt werden sollen, nicht auf dem Wege blosser Verordnung der Verwaltungsbehörde, und ferner, ob zu präsumieren ist, dass selbst die B. Vers. über den Gegenstand nur im Wege der Gesetzgebung befinden kann, oder auch

---

[1]) Prot. des St. R. vom 15., 20. und 28. Febr. 1872; *Bulletin*, S. 402, 482, 534.

[2]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 44, 64; der St. R. K., S. 41. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 169, 231. 360.

in anderer Form (z. B. eines B. Beschlusses oder der Kreditbewilligung), vgl. Ziff. 1 und 3.

Diese Unterscheidungen waren wohl den Urhebern der Bestimmung nicht klar vor Augen; es darf daher die Auslegung auch nicht ausschliesslich die eine oder andere dieser Auffassungen zur Grundlage nehmen.

Ziffer. 2. Der B. Vers. allein steht es zu und ist es rechtlich möglich, **Gesetze** im *formellen Sinne* zu machen, d. h. Beschlüsse mit formeller Gesetzeskraft, die für alle andern als die gesetzgebende Behörde selbst verbindlich sind. Diese Gesetzgebungsbefugnis der B. Vers. ist dem Gegenstand nach unbeschränkt; die B. Vers. kann in Gesetzesform über alle Gegenstände beschliessen, die sie gesetzgeberischer Regelung zugänglich erachtet (vgl. indessen unten Art. *89*, Abs. 2); es ist in ihr Ermessen gelegt, zu entscheiden, wie weit sie die Verwaltung und die Rechtsprechung in der Ausübung ihrer Befugnisse binden will. Es liegt daher in Ziff. 2 nicht die Verpflichtung für die B. Vers., alle Gegenstände, die in der Kompetenz des Bundes liegen, gesetzgeberisch zu regeln.

Ziffer 2 erklärt die B. Vers. allein kompetent, *Gesetze im materiellen Sinne* des Wortes zu erlassen, d. h. allgemein verbindliche Rechtssätze aufzustellen; das ist die spezifische Prärogative der gesetzgebenden Behörde. Damit ist aber nicht ausgeschlossen, dass die B. Vers. diese ihre Befugnis dem B. R. oder dem B. Ger. delegiere, damit diese Behörden sie in der Form der Verordnung ausüben. Obschon die Verfassung dem B. R. das Verordnungsrecht nirgends ausdrücklich zuspricht, kann es doch unmöglich ihre Meinung sein, alle, auch die eingehendsten Rechtssätze durch die B. Vers. aufstellen zu lassen. Wie weit aber diese unumgängliche Delegationsbefugnis geht, lässt sich durch ein generelles Kriterium nicht feststellen. Gewiss entspricht es dem Geiste der B. V. nicht, dass sich die B. Vers. der gesetzgeberischen Lösung wichtiger Fragen durch Delegation auf den B. R. entledige; was aber gesetzgeberischer Regelung wert und bedürftig ist, lässt sich nicht durch äusserliche Merkmale bestimmen. Sicher ist nur, dass es eines ausdrücklichen Auftrages der B. Vers. bedarf, damit der B. R. Recht schaffen kann [1].

Wenn die B. Vers. dem B. R. die Befugnis überträgt, Rechtsverordnungen aufzustellen, so kann sie sich m. E. nicht wiederum das Recht vorbehalten, diese *Verordnungen zu genehmigen;* die B. V. kennt dieses Zwischending nicht. Entweder erlässt die B. Vers. unter ihrer Verantwortung und in Gesetzesform die allgemein verbindliche Rechtsvorschrift (vgl. Art. 89), oder sie überträgt diese Aufgabe dem B. R. und dann erlässt dieser die Vorschrift kraft seiner Autorität, und bleibt der B. Vers. dafür nicht anders verantwortlich, als für jede andere Amtshandlung. Deshalb kann aus der Befugnis vollständiger Delegation nicht die Befugnis nur teilweiser gefolgert werden. Sie findet sich indessen im B. Ges. betr. die Freizügigkeit des Medizinalpersonals vom 19. Dez. 1877 (A. S., III, 379), dessen Art. 6 die Prüfungsreglemente der

[1] B. Ger. vom 10. März 1904 i. S. Fröbel u. G. geg. Reg.-R. Zürich, XXX, 59, erkennt jenen Grundsatz nicht ausdrücklich an, wendet ihn aber auf eine Bauverordnung an, gestützt auf langjährige staatliche Praxis.

Genehmigung der B. Vers. vorbehält; vgl. B. B. vom 1. Juli 1880 (A. S., V, 113)[1]).

Es scheint mir zweifellos, dass die B. Vers. sich selber durch ein B. Ges., also mit Zustimmung des Volkes, die Befugnis erteilen kann, über einen Gegenstand neue oder vom geltenden Gesetzesrecht abweichende Vorschriften aufzustellen, ohne sie dem Referendum zu unterstellen; sie kann es um so mehr, als eine derartige Delegation selbst an den B. R. zulässig ist; nur ist ein solcher Erlass nicht Gesetz, sondern B. B. zu nennen[2]). Eine solche Delegation enthält z. B. Art. 36 der M. O.

Aus ähnlichen Gründen wie die Genehmigung b. r. Verordnungen scheint mir auch die *authentische Gesetzesauslegung,* d. h. die mit Gesetzeskraft ausgestattete Festlegung des zweifelhaften Sinnes eines Gesetzes, mit der B. V. nicht vereinbar. Selbstverständlich muss dem B. R., der die Gesetze anwendet, und der B. Vers., welche diese Anwendung kontrolliert, das Recht zustehen, von verschiedenen möglichen Auslegungen der ihnen richtig erscheinenden den Vorzug zu geben; diese Auslegung besitzt aber keine andere Autorität als die jeder Rechtspraxis. Das geschriebene Gesetzesrecht durch Abänderung und Präzisierung *des Wortlautes* mit formeller Gesetzeskraft weiter zu entwickeln, ist Aufgabe des Gesetzgebers und kann, mangels besonderer Vorschriften, nur im Wege der Gesetzgebung stattfinden[3]).

Endlich sei bemerkt, dass korrekterweise jede Abänderung des Gesetzestextes, abgesehen von offenbaren Redaktionsversehen, auf dem Wege der Gesetzgebung erfolgen sollte[4]).

---

[1]) Die Frage wurde bei der Beratung des Lebensmittelgesetzes im St. R. erörtert. Die Kommission hatte vorgeschlagen, die im Gesetze vorgesehenen, s. z. s. alles materielle Recht enthaltenden V. V. des B. R. der Genehmigung der B. Vers. zu unterbreiten, nach dem Beispiel des deutschen Reichsgesetzes vom 14. Mai 1879. St. B. XIII, 256, 259, 263, 385. Das eidg. Justizdepartement sprach sich aber gegen diese Regelung aus, worauf sie im N. R. fallen gelassen wurde. St. B. XIII, 421, 435; XIV, 71. — Ähnliche Anträge wurden im Laufe der Debatte über das Eisenbahnrückkaufgesetz 1897 gestellt: St. B. VII, 1085, 1301—1303, 1387.

[2]) A. M. war das eidg. Justizdepartement in einem Gutachten vom 21. Febr. 1902, vgl. Botschaft vom 12. Febr. 1902, B. Bl. 1902, I, 488. *Salis,* II, Nr. 377, vgl. die Note des Herausgebers; Nr. 376. Die Frage wurde auch anlässlich des B. Ges. betr. elektrische Anlagen in der B. Vers. erörtert. St. B. X, 615—616.

[3]) Im gl. Sinn: Vgl. Bericht der Minderheit der N. R. K. über den Gesetzesentwurf betr. zivilrechtliche Verhältnisse, vom 3. Juli 1863, B. Bl. 1863, III, 94, und die bei *Salis,* II, Nr. 382—384 zitierten Äusserungen des B. R. betr. Auslegung des Art. 32 bis B. V. (A. S., X, 420). Der Bericht des B. R. vom 13. Dez. 1886, B. Bl. 1886, III, 1331, verneint die Zulässigkeit der authentischen Interpretation. A. M. *Schollenberger,* Kommentar, S. 526; betr. authentische Interpretation auf Rekurs hin: B. B. vom 20. Juni 1882 i. S. Kt. Luzern, B. Bl. 1882, III, 414. Vgl. ferner B. Ger. III, 268.

[4]) Der B. R. berichtigte von sich aus eine nach der Entstehungsgeschichte offenbar unrichtige Verweisung des Art. 59 des B. Ges. betr. Zivilstand und Ehe, vom 24. Dez. 1874; B. Bl. 1875, IV, 1219; *Salis,* II, Nr. 398; ähnlich Art. 20 des Forstpolizeigesetzes v. 24. März 1876; *Salis,* II, Nr. 394, und Art. 30 des revidierten Gesetzes vom 23. Sept. 1904. Kreisschreiben gl. D. B. Bl. 1904, IV, 1029. Der italienische Text des Mil. St. G. B. vom 27. Aug. 1851, der eine offenbare Lücke aufwies, wurde durch B. R. B. vom 16. Dez. 1887 ergänzt nach dem deutschen und französischen, B. Bl. 1888, I, 97; ebenso der französische Text des B. Ges. betr. den Militärpflichtersatz vom 28. Juni 1878 in Art. 5, lit. B, durch B. R. B. vom 25. Mai 1888, A. S., X, 606; ähnliche Berichtigungen des französischen Textes mussten gemacht werden beim B. Ges. über Jagd und Vogelschutz, vom 17. Sept. 1875, Art. 12, und beim B. Ges. über Mass und Gewicht, vom 3. Juni 1875, Art. 10. *Salis,* II, Nr. 395; andere Fälle, Nr. 398—403. Wichtigere Divergenzen bestanden beim B. Ges. betr. die eidg. Wahlen und Abstimmungen, vom 19. Juli 1872; *Salis,* II, Nr. 396. B. Ger. III, 697. Inkorrekt war dagegen m. E. die Berichtigung des französischen Textes des Expropriationsgesetzes vom 1. Mai 1850, durch die Bundeskanzlei. Recueil des lois, nouv. série, XV, 223. *Salis,* II, Nr. 307.

Ziffer 1 und 3.

Wenn *Ziffer 1* der B. Vers. die Aufgabe zuweist, die **Gesetze über die Organisation und die Wahlart der Bundesbehörden** zu erlassen, so sind damit die Bundesbehörden i. S. der Überschrift des 2. Abschnittes, nämlich die durch die B. V. selbst geschaffenen Bundesbehörden gemeint; das ergibt sich aus dem Sprachgebrauch der B. V. selbst (vgl. Z. 3 und Art. 115) und aus der Stellung der Ziffer 1: es schien logisch, die Organisation der obersten Behörden, und namentlich der gesetzgebenden, der Ausübung der Gesetzgebungsbefugnis voranzustellen, im Gegensatz zur Errichtung (und Organisation) untergeordneter Behörden. Die Verfassung setzt wohl mehr voraus, als dass sie es ausdrücklich fordert, dass so wichtige Beschlüsse in der Form des Gesetzes gefasst werden; doch wurde über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R. vom 21. Aug. 1878, das B. Ges. vom 16. Mai 1849 ersetzend, ein blosser B. B. erlassen[1].

Der I. Teil der Ziff. 3: *Besoldung und Entschädigung der Mitglieder der Bundesbehörden und der Bundeskanzlei*, welcher sich der Ziff. 1 anschliesst, bezeichnet eine Angelegenheit rein finanzieller Bedeutung; wenn für die Festsetzung dieser Besoldungen und Entschädigungen auch andere als finanzielle Interessen des Bundes in Betracht fallen, so ist das doch hier nicht in höherem Masse der Fall, als bei jeder Ausgabe für Staatszwecke. Die erwähnten Besoldungen und die Entschädigungen können daher durch die B. Vers. im Wege der Budgetbewilligung festgesetzt werden; zweckmässiger wird es allerdings sein, den Gegenstand durch besonderen Beschluss, B. B. oder Gesetz, auf die Dauer zu regeln, wie es nun auch geschehen ist; vgl. Art. *79, 83, 99, 105, 107*.

Die *Errichtung bleibender Beamtungen*, im Gegensatz zu bloss provisorischen, ist der B. Vers. vorbehalten. « Beamtung » ist i. S. der B. V. eine Amtsstelle, wie sich aus den folgenden Worten ergibt, nicht bloss der dem Gegenstande nach umschriebene Wirkungskreis des Amtes, mit einer unbestimmten Zahl von Beamteten[2]. Die Bestimmung ist nicht getroffen zum Schutze des Bürgers gegen Übergriffe der Beamten in die Privatrechtssphäre, sonst müssten unter den Beamtungen der B. V. nur solche verstanden werden, die zur Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse gegenüber Privatpersonen berechtigen. Dass die Ausübung dieser Amtsgewalt durch die B. Vers. geregelt werden kann, ist aber selbstverständlich und bedurfte keiner besonderen Erwähnung, weil solche Regeln ihrem Inhalt nach Gesetzesrecht sind (vgl. Art. *89*). Ist aber die Amtsgewalt nach Inhalt und Form der Ausübung gesetzlich beschränkt, so hat der Bürger kein Interesse mehr, zu wissen, ob zur Ausübung dieser Amtsgewalt mehr oder weniger Personen berufen werden. — Die Verfassungsbestimmung ist auch nicht auf die eigentlichen Beamten im Gegensatz zu den Angestellten zu beschränken, nach einer mehr terminologischen als sachlichen Unterscheidung der B. Gesetze. Als Beamte sind dagegen nur die in einem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis zum Staat befindlichen Personen zu betrachten; nicht

---

[1]) Die meisten Schriftsteller verlangen für alle in Ziff. 1 und auch Ziff. 3 vorgesehenen Gegenstände die Gesetzesform; vgl. *Salis*, II, Nr. 370, 372. *Hiestand*, Zur Lehre von den Rechtsquellen im eidgenössischen Staatsrecht, Diss., Zürich 1891, S. 14; Bericht der St. R. K. vom 13. Dez. 1889; B. Bl. 1890, I, 278.

[2]) *Escher*, Schweizerisches Bundesbeamtenrecht, Zürich 1903, Diss., S. 9.

die durch privatrechtlichen Dienstvertrag Angestellten, und auch nicht die vorübergehend mit staatlichen Funktionen Betrauten; hier hat der B. R. nur die Schranken des Budgetrechts einzuhalten.

Die Bestimmung hat wesentlich eine finanzielle Bedeutung: sie soll der B. Vers. die Kontrolle darüber wahren, dass die Beamten nicht unnötig vermehrt werden und bleibende Ausgaben veranlassen, die nachträglich nicht mehr leicht verweigert werden können. Der B. R. soll also keine bleibenden Beamtungen errichten, auch wo dies innerhalb des geltenden Gesetzesrechts geschehen könnte. Damit soll aber nicht gesagt sein, dass jede neue bleibende Beamtung durch einen *besonderen* Beschluss der B. Vers. bewilligt werden muss; die B. Vers. darf hier so gut wie anderwärts ihr Beschliessungsrecht dem B. R. delegieren und den B. R. ermächtigen, zur Besorgung gewisser Geschäfte die «erforderliche» Zahl von Beamten anzustellen oder einfach die nötigen Ausführungsorgane zu schaffen und zu besetzen. Eine grosse Zahl von B. Ges. sind auch so verfahren[1], schon das B. Ges. über die Errichtung und Besoldung der bleibenden eidgenössischen Beamtungen, vom 2. Aug. 1853 (A. S. III, 556); eine formelle Schranke dieser Delegationsbefugnis gibt es hier sowenig wie bei der Gesetzgebungsbefugnis (vgl. Ziff. 2).

Die B. Vers. braucht den Beschluss, durch welchen sie neue Beamtungen errichtet, nicht in *Gesetzesform* zu kleiden, wenn der Beschluss nicht zugleich eine allgemein verbindliche Norm enthält. In der Regel genügt aber auch die blosse Bewilligung auf dem Budgetwege nicht, dann nämlich, wenn die bestehende Beamtenorganisation, d. h. die Gliederung und Verteilung amtlicher Verrichtung, verändert wird; denn solche prinzipielle Beschlüsse sollen nicht im Wege der Budgetbewilligung gefasst werden[2]. Die mehrfache Besetzung solcher Beamtungen, die bloss Pflichten und keine Befugnisse, weder Dritten noch andern Beamten gegenüber verleihen, bewirkt keine organisatorische Änderung und kann daher auch im Wege der Budgetbewilligung vorgenommen werden, z. B. Stellen von Kanzlisten, Zeichnern etc.; bei höheren Beamten dagegen kann die Vermehrung der Zahl auch organisatorische Bedeutung haben. In Wirklichkeit wurden viele Beamtungen, und sogar ganze Verwaltungsabteilungen, z. B. die Telegraphenverwaltung, nur auf dem Budgetwege geschaffen[3].

---

[1]) Vgl. *Salis*, I, S. 560 ff. in den Noten; Bericht des Bundesrates über das Postulat behufs gesetzlicher Regelung der Stellung eidg. Beamten und Angestellten, vom 1. Dez. 1893; B. Bl. 1893, V, 265.

[2]) A. A. der B. R. in seinem Bericht vom 1. Dez. 1893, B. Bl. 1893, V, 267; seine Argumentation richtet sich mehr gegen die Gesetzesform und namentlich die Feststellung der Zahl der Beamten durch das Gesetz; vgl. *Salis*, I, Nr. 187, S. 566, Note 2. *Escher* ist in diesem Punkte gl. A. wie der B. R, S. 9. Richtig der Bericht der N. R. K. vom 15. Nov. 1879, B. Bl. 1879, III, 855. *Salis*, 1. A., I, Nr. 144. Für das deutsche Reichsrecht s. *Laband*, I, 345.

[3]) Vgl. den zitierten Bericht vom 1. Dez. 1893; Botschaft zum Besoldungsgesetz, vom 6. Nov. 1896, B. Bl. 1896, IV, 489; Botschaft betr. Organisation des Militärdepartements, vom 25. Nov. 1898, B. Bl. 1898, V, 206; Botschaft des B. R. vom 20. Juni 1899 betr. die Organisation der Telegraphenverwaltung, B. Bl. 1899, IV, 1.

Den 2. April 1878 beschloss der B. R., es solle kein dauernd Angestellter bloss auf Grund eines B. R. B. oder Departementsbeschlusses ernannt werden; A. S. III. 393; provisorische Besetzungen durch die Departemente sollen nicht länger als 3 Monate dauern. Der B. R. lud später die Departemente ein, auch provisorische Stellen nicht ohne dringende Notwendigkeit zu schaffen, da sie gewöhnlich dauernd werden und die spätere gesetzlich vorgeschriebene Ausschreibung tatsächlich nutzlos machen.

Die *Bestimmung der Gehalte* der einmal errichteten Beamtungen endlich ist wiederum von rein finanzieller Bedeutung und kann in der Form der Budgetbewilligung geschehen. Für die grosse Mehrzahl der Beamten ist die Besoldung, innerhalb bestimmter Grenzen, durch Gesetz und V. V. des B. R. bestimmt: B. Ges. betr. die Besoldungen der eidg. Beamten und Angestellten, vom 2. Juli 1897 (A. S. XVI, 272); V. V. betr. Postverwaltung vom 3. Dez. 1897 (A. S. XVI, 380, vgl. 371); betr. die Telegraphenverwaltung, vom 30. Dez. 1897 (A. S. XVI, 440, vgl. 454; XVIII, 58); betr. die Zollverwaltung, vom 11. März 1898 (A. S. XVI, 581; XIX, 524); B. Ges. betr. die Besoldungen der Beamten des Militärdepartements, vom 20. Dez. 1894 (A. S. XV, 118); B. Ges. betr. die Besoldungen der Beamten der Bundesbahnen, vom 29. Juni 1900, und in Ausführung desselben b. r. Gehaltsordnung, vom 7. Januar 1902 (A. S. XVIII, 230; XIX, 1); O. G. vom 22. März 1893, Art. 197—210.

Ziff. 4. Wahlen. Die B. Vers. wählt die Mitglieder des B. Ger. und die Ersatzmänner (Art. 1 des O. G.); die beiden Stellvertreter des Bundeskanzlers werden dagegen vom B. R. ernannt, B. B. vom 28. Juni 1895 betr. Organisation und Geschäftsgang des B. R., Art. 32 (A. S. XV, 188). Seit 1848 wurde dreimal ein General gewählt: Am 1. Aug. 1849 Oberst G. H. Dufour zur Besetzung der Nordgrenze anlässlich des badischen Aufstandes (B. Bl. 1849, II, 346, 302; 1850, III, Geschäftsbericht nach S. 150, S. 35); am 30. Dez. 1856 wieder Oberst Dufour anlässlich der Neuenburger Angelegenheit (B. Bl. 1857, I, 15), und am 19. Juli 1870 Oberst Hans Herzog anlässlich des deutsch-französischen Krieges (B. Bl. 1870, III, 33)[1].

Durch die Bundesgesetzgebung sind der B. Vers. folgende Wahlen übertragen worden: durch das B. Ges. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten, vom 9. Dez. 1850 (A. S. II, 149), Art. 26 und 27, ist die Wahl eines besonderen Staatsanwaltes und der erforderlichen Ersatzmänner des B. Ger. vorgesehen, wenn beim B. Ger. gegen Mitglieder der eidg. Räte oder gegen von diesen gewählte Beamte Kriminalklage erhoben wird; die Bestimmung ist wohl heute noch in Kraft, die letztere wenigstens, wenn Mitglieder des B. Ger. selbst angeklagt sind; — nach Art. 21 der Milit. St. G. O. vom 28. Juni 1889 (A. S. XI, 273) werden auch die Mitglieder der ausserordentlichen Militärgerichte durch die B. Vers. gewählt[2].

Selbstverständlich bezieht sich Art. 85, Ziff. 4, nur auf die Wahl von Gerichts- oder Verwaltungsbeamten, nicht von parlamentarischen Kommissionen, die zu Handen der Räte vorbereitende Beratungen pflegen oder in ihrem Namen delegationsweise Kompetenzen ausüben (z. B. der Aufsicht). Die Ernennung solcher Kommissionen durch die vereinigte B. Vers. würde dem Grundsatz der Gleichstellung beider Räte und der gesonderten Beratung (Art. 92) widersprechen (vgl. Botschaft vom 23. Okt. 1894 betr. Banknotenmonopol, B. Bl. 1894, III, 609).

Ziffer 5. A. **Bündnisse und Verträge mit dem Ausland.**

Verträge mit dem Ausland werden durch den B. R. namens der Schweiz abgeschlossen, Art. 102, Ziffer, 8; der B. R., durch den oder

---

[1]) Zu Chefs des Generalstabs wurden gewählt: im ersten Fall Oberst Ziegler, im zweiten Oberst Frey-Herosee, im dritten Oberst Rudolf Paravicini.

[2]) Der b. r. Entwurf eines Bankgesetzes, vom 23. Okt. 1894, übertrug der B. Vers. die Wahl des Bankrates (B. Bl. 1894, III, 607).

die von ihm beglaubigten Bevollmächtigten, vertritt die Schweiz bei den Verhandlungen, welche den Vertragsentwurf vereinbaren, und er erhebt diesen Entwurf zum völkerrechtlichen Vertrag, indem er ihm namens der Schweiz die *Ratifikation* erteilt. Diese Ratifikation soll er aber nur erteilen, nachdem die B. Vers. den Vertrag *genehmigt* hat[1]). Ratifiziert er den Vertrag, ohne die Genehmigung der B. Vers. erhalten zu haben, so ist dieser Vertrag nichtsdestoweniger völkerrechtlich für die Schweiz verbindlich, der B. R. macht sich aber einer Verletzung seiner verfassungsmässigen Pflichten gegenüber der B. Vers. schuldig. Die nachträgliche Einholung der Genehmigung gibt der B. Vers. die Möglichkeit nicht zurück, den Abschluss des Vertrages zu verhindern; sie gibt ihr nur Gelegenheit, den B. R. zur Rechenschaft zu ziehen; vgl. die vom B. R. am 11. Nov. 1890 ratifizierte Übereinkunft betr. Veröffentlichung der Zolltarife, die im folgenden Jahre mit dem Geschäftsbericht durch die B. Vers. genehmigt wurde; A. S. XII, 338; B. Bl. 1891, II, 58, 1059; III, 745. *Salis,* II, Nr. 423; ferner die temporäre Handelsübereinkunft mit Italien, vom 28. Januar 1879 (B. Bl. 1879, I, 139; *Salis,* II, Nr. 429), während der Notenaustausch zwischen dem B. R. und der französischen Regierung vom 25. Juni 1895 nur die Abrede enthielt, den beidseitigen Parlamenten Zollermässigungen vorzuschlagen. *Salis,* II, Nr. 432, S. 260.

Der einmal abgeschlossene Staatsvertrag hat zunächst nur völkerrechtliche Wirkung; er schafft zu gunsten und zu lasten der Schweiz völkerrechtliche Rechte und Verpflichtungen. Das Landesrecht berührt er zunächst nicht. Wenn daher ein mit internem Gesetzesrecht im Widerspruch stehender Staatsvertrag abgeschlossen wird, so ändert er logischerweise dieses Gesetzesrecht nicht ab, er postuliert bloss, dass es auf dem Wege der Gesetzgebung abgeändert werde. Dieser Umweg wurde aber in der Schweiz nie gemacht, wenn der Staatsvertrag selber bestimmte Grundsätze aufstellte[2]).

Es wurde stets als genügend betrachtet, dass der von der B. Vers. genehmigte Vertrag wie ein Gesetz veröffentlicht werde. In dieser Veröffentlichung eines völkerrechtlich perfekten Vertrages liegt das bindende Moment für Behörden und Bürger des Landes selbst. Deshalb ist m. E. auch der vom B. R. unbefugtermassen ohne Genehmigung der B. Vers. abgeschlossene Vertrag mit seiner Veröffentlichung verbindlich. Es würde nichts helfen, ihn unverbindlich zu erklären, da ja die Schweiz völkerrechtlich doch verpflichtet ist, ihn zu vollziehen[3]).

Damit ist allerdings die Möglichkeit gegeben, das geltende Gesetzesrecht in einer andern Form als derjenigen der Gesetzgebung abzuändern, mit Umgehung des Referendums. Die B. V. wollte dies m. E. zulassen und das selbständige Vertragsschliessungsrecht der B. Vers. nicht auf Gegenstände beschränken, die innerhalb des Rahmens der geltenden

---

[1]) Dem völkerrechtlichen Sprachgebrauch entspricht allein diese Terminologie: der B. R. ratifiziert gegenüber dem Ausland das Werk der von ihm bevollmächtigten Vertreter und tauscht die Ratifikationsurkunden aus; will man von diesem, allgemein Ratifikation geheissenen, völkerrechtlichen Vorgang die landesrechtlich erforderliche Zustimmung des Parlamentes unterscheiden, so darf man sie nicht mit dem gleichen Namen nennen. Der offizielle eidgenössische Sprachgebrauch ist höchst unsicher.

[2]) Im Gegensatz zur blossen Forderung, dass zu einem bestimmten Zwecke die erforderlichen Gesetzesvorschriften erlassen werden, wie sie der Phylloxeravertrag vom 3. Nov. 1881 enthält.

[3]) *Hiestand,* Zur Lehre von den Rechtsquellen, 42.

Gesetze bleiben[1]). Die B. V. geht eben von der Voraussetzung aus, alle völkerrechtlichen Verhältnisse können u. U. derart durch zwingende Erwägungen politischer Natur beherrscht sein, dass Erwägungen der inneren Verfassung zurückstehen müssen. Dies ist allerdings nicht gerade oft der Fall; da aber die B. V. nicht unterscheidet, muss der B. Vers. überall die gleiche Freiheit zugestanden werden. Es würde sie verfassungsrechtlich aber auch nichts hindern, vor der Genehmigung des Vertrages die widersprechenden Gesetzesbestimmungen im Wege der Gesetzgebung abzuändern.

Der Genehmigung der B. Vers. unterliegen nur *Staatsverträge* (und Bündnisse, die ebenfalls Staatsverträge sind). Ein Vertrag liegt nur vor, wenn durch übereinstimmende Willenserklärungen zweier oder mehrerer Staaten auf Seite eines oder aller eine Verpflichtung begründet wird. «Erklärungen», wie sie zuweilen unter den Regierungen verschiedener Staaten ausgetauscht werden, sind Verträge im Rechtssinne oder nicht, je nachdem sie Verpflichtungen begründen oder nicht. Ersteres ergibt sich aus dem Wortlaut der Erklärung selbst, wenn die Regierungen erklären, dass sie etwas vereinbart haben oder über etwas übereingekommen sind. Vgl. z. B. die verschiedenen Erklärungen mit auswärtigen Regierungen betr. Gegenrecht im Markenschutz, *Salis*, II, Nr. 434[2]); ferner die Erklärung zwischen der Schweiz und Italien vom 29. Nov. 1890 betr. die von beiderseitigen Staatsangehörigen zu erfüllenden Förmlichkeiten bei Eheschliessung (A. S. XI, 729) und Zusatzerklärung vom 11. März 1892 (A. S. XII, 680). Die Verpflichtungsabsicht ist aber auch dann zu vermuten, wenn die Regierungen übereinstimmend erklären, dass ein Grundsatz bei ihnen rechtens ist oder in einem konkreten Fall in bestimmter Weise verfahren wird, denn eine blosse Auskunft über geltendes Recht oder zu Recht bestehende konkrete Verhältnisse gibt eine Regierung kaum in dieser Form; es liegt darin vielmehr eine Zusicherung gleichen Verhaltens für die Zukunft. Vgl. die Vereinbarung zwischen der Schweiz und Brasilien betr. Verlassenschaften, vom 28. Dez. 1895 (A. S. XV, 351). Doch ist dies eine nach den Umständen des einzelnen Falles zu lösende Frage. Die verpflichtende Wirkung ist dadurch nicht ausgeschlossen, dass die Vereinbarung jederzeit gekündet werden kann; denn die Kündigung wirkt nur für die Zukunft und schliesst die völkerrechtliche Verantwortlichkeit für vergangene Verletzungen der Abrede nicht aus[3]).

Der *Gegenstand* der Vereinbarung ist gleichgültig; gehöre er dem Gebiete der Verwaltung an, oder demjenigen der Gesetzgebung, sobald eine völkerrechtliche Verpflichtung begründet wird, ist die Genehmigung der B. Vers. erforderlich. So Bericht der St. R. K. vom 23. Mai 1891 an-

[1]) Bericht der N. R. K. vom 21. Dez. 1886 betr. Genehmigung der sog. Berner Konvention über künstlerisches Eigentum. B Bl. 1887, I, 78. *Salis*, II, Nr. 417.

[2]) Im Gegensatz zu Erklärungen der Regierung zu Handen der eigenen Landesbehörden über Bestehen oder Nichtbestehen des Gegenrechts in ausländischen Staaten, wie sie das deutsche Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen vom 12. Mai 1894, § 23, Abs. 1, ausdrücklich vorsieht, und das schweizerische Gesetz, vom 26. Sept. 1890, Art. 7, Ziff. 2, wohl zulässt. B. Bl. 1881, III, 96; *Salis*, II, Nr. 434.

[3]) Auch wenn die B. V. der schweizerischen Behörde ihr Verhalten vorschreibt, soll sie der B. R. nicht ohne Genehmigung der B. Vers. dazu vertraglich verpflichten, wie er es gegenüber Österreich-Ungarn getan durch Erklärung vom 21. Okt. 1882 betr. Zurücknahme der eigenen Staatsangehörigen. A. S. X, 308; *Salis*, II, Nr. 438.

lässlich der Übereinkunft betr. Veröffentlichung der Zolltarife (B. Bl. 1891, II, 1059) im Gegensatz zum B. R. (ibid. S. 58). *Salis*, II, Nr. 423[1]). Jene auf Gründen der inneren Rechtsordnung, häufig auf Zufall beruhende Unterscheidung ist nicht darauf berechnet, das, was im internationalen Verkehr wichtig ist, vom Unwichtigen zu trennen; denn es ist ganz etwas anderes, wenn die Regierung kraft gesetzlicher Ermächtigung von sich aus eine Verwaltungshandlung vornimmt und wenn sie sich gegenüber einem auswärtigen Staat dazu verpflichtet oder im eigenen Gebiet Verwaltungshandlungen der auswärtigen Regierung zulässt. Daher sind Vereinbarungen über Ausübung der Zollpolizei auf Grenzgewässern, wie die Erklärung vom 18. Januar 1901 betr. den Zolldienst auf dem Langen- und Luganersee (A. S., XVIII, 429; *Salis*, I, Nr. 101), über den internationalen Telegraphen- und Telephonverkehr (z. B. A. S., XII, 13; XIII, 633), oder über zollrechtliche Kontrollierung des Verkehrs mit Getränken, wie diejenige zwischen der Schweiz und Frankreich vom 10. Aug. 1877 (A. S., III, 395, vgl. XVI, 219; XVII, 85), die Erlaubnis an eine auswärtige Regierung, die Lebensmittelkontrolle auf schweizerischem Gebiete auszuüben, sofern darin eine Verpflichtung liegt (B. Bl. 1902, I, 342), oder die Berichtigung einer unzweckmässigen oder unsicher gewordenen Grenze, vgl. den Vertrag vom 10. Juni 1891 betr. die Grenzbereinigung zwischen dem Mont Dolent und dem Genfersee (A. S., XIX, 439), korrekterweise von der B. Vers. zu genehmigen. Das Gleiche muss gelten für politisch ganz unverfängliche Abmachungen, wie diejenige des Austausches von Volkszählungsmaterial (A. S., XII, 297, 298, 299; XV, 430; XVI, 141), oder der unentgeltlichen Verpflegung armer fremder Staatsangehöriger (A. S., X, I, 745; XV, 556; XVI, 729. *Salis*, II, Nr. 420, I). Um so mehr, wenn der Vertrag in geltendes Gesetzesrecht eingreift, eidgenössisches oder kantonales[2]), wie die Behandlung von Verlassenschaften (A. S., XV, 351), die Anerkennung auswärtiger juristischer Personen vor den schweiz. Gerichten (XVIII, 658), oder die gegenseitige Meistbegünstigung in Zollsachen; *Salis*, II, Nr. 427, 428[3]). Die B. Vers. verlangte durch B. B. vom 5. Juli 1876 (A. S., II, 382), dass künftig Erklärungen, welche wesentlich den Charakter von vertragsmässigen Bestimmungen haben, vom B. R. nicht ohne Ermächtigung oder Genehmigung der B. Vers. mit andern Staaten ausgetauscht werden, wobei nur die in dieser Formulierung liegende inhaltliche Beschränkung zu tadeln ist. *Salis*, II, Nr. 420.

Der Genehmigung bedarf eine internationale Vereinbarung nur dann nicht, wenn sie der Schweiz nur Rechte verschafft, ohne ihr Pflichten aufzuerlegen; vgl. den Vertrag zwischen der Schweiz und dem

---

[1]) Gl. A. B. Ger. vom 5. Sept. 1884 i. S. Rigaud, X, 346; die daraus gezogene Folgerung, dass die Erklärung, nachdem sie einmal abgegeben, nicht ein Staatsvertrag i. S. von Art. 113 B. V. sei, ist aber unrichtig.

[2]) Es genügt selbstverständlich nicht, dass die *Kantone* ihre Zustimmung zum Vertragsabschluss geben, wenn der Vertrag namens der Eidgenossenschaft und nicht namens der Kantone abgeschlossen werden soll; der B. R. holte die Ermächtigung der Kantone ein z. B. bei Vereinbarungen mit Frankreich vom Jahre 1880 und mit Belgien vom 31. Juli 1900 über Rückleitung flüchtiger jungerLe ute, B. Bl. 1900, III, 741; und beim Übereinkommen mit dem Deutschen Reich vom 13. Dez. 1878 betr. den direkten Geschäftsverkehr der Gerichtsbehörden. A. S., III, 661, B. Bl. 1878, IV, 542, 555. *Salis*, II, Nr. 433. Vgl. oben, S. *136* ff.

[3]) *Pfenninger*, Entwurf eines schweiz. Auslieferungsgesetzes, Archiv für öff. Recht, VI, 559, B. Bl. 1890, III, 322.

Deutschen Reich, betr. die Einrichtung schweiz. Nebenzollämter auf badischem Gebiet, vom 5. Dez. 1896 (A. S., XVI, 132) und die im B. Bl. 1897, I, 318 erwähnten früheren Vorgänge[1]).

An Stelle der Genehmigung des festgestellten Vertragsentwurfes kann die *Ermächtigung* des B. R. durch die B. Vers. treten, über einen Gegenstand einen Vertrag zu vereinbaren, ohne den Text der B. Vers. vorzulegen. Eine solche Ermächtigung enthält das B. Ges. betr. die Fischerei vom 21. Dez. 1888 (A. S., XI, 70); das internationale Übereinkommen über den Eisenbahnfrachtverkehr vom 17. April 1891 (A. S., XIII, 59) wurde von der B. Vers. genehmigt «in der Meinung, dass der B. R. ermächtigt sein soll, den im Laufe der Zeit allenfalls nötig werdenden Änderungen an den Vollziehungs- und Ausführungsbestimmungen ohne weiteres beizutreten»; vgl. auch die vom B. R. nachgesuchte Ermächtigung zum Abschluss einer Vereinbarung mit Frankreich betr. die Handelsreisenden: B. Bl. 1893, III, 744; 1896, III, 629; ferner B. B. vom 24. Juni 1892 (B. Bl. 1892, III, 974), wodurch der B. R. ermächtigt wurde, die Handelsbeziehungen mit Spanien bis zum nächsten Zusammentritt der B. Vers. nach bestem Ermessen zu regeln.

Die spezielle oder generelle Ermächtigung bietet das Mittel, die Schwerfälligkeit zu vermeiden, die darin liegt, dass jede, auch die geringfügigsten und die rein verwaltungstechnischen Vereinbarungen erst nach Genehmigung durch beide gesetzgebenden Räte abgeschlossen werden können.

Wie der B. R. allein Verträge mit dem Ausland nicht schliessen soll, so soll er die einmal genehmigten Verträge nicht ohne Zustimmung der B. Vers. *abändern.* B. Bl. 1892, III, 981; 1899, III, 132. *Salis,* II, Nr. 448. Die St. R. K. beanstandete daher mit Recht die Abänderung des Textes eines mit Grossbritannien vereinbarten und bereits genehmigten Auslieferungsvertrages vor seiner Ratifikation (B. Bl. 1875, II, 566; III, 81, 133. A. S., I, 579. *Salis,* II, Nr. 436). Korrekterweise sollte auch die authentische Auslegung des Wortlautes durch übereinstimmende Erklärungen zu Protokoll der Regierungen gleich behandelt werden, wenn der B. R. nicht anzunehmen befugt ist, dass die B. Vers. den Vertrag bereits in dieser Meinung genehmigt habe, vgl. betr. Anwendung der schweiz.-spanischen Übereinkunft über Vollstreckung der Zivilurteile vom 19. Nov. 1896 nur auf das Mutterland Spanien (B. Bl. 1899, I, 356; *Salis,* II, Nr. 443); solche Fesstellungen enthalten oft trotz ihrer Form materielle Abänderungen, vgl. A. S., X, 6; *Salis,* II, Nr. 435; A. S., V, 178; *Salis,* II, Nr. 437, 448; A. S., XII, 869. Das Gleiche ist zu sagen von der *Ausdehnung* eines bestehenden Vertrages auf neue Staatsgebiete, Kolonien, um so mehr auf Protektorate; der schweiz.-französische Auslieferungsvertrag wurde durch blosse Erklärung der beidseitigen Regierungen vom 12. April 1893 (A. S., XIII, 353), die andern französisch-schweizerischen Verträge dagegen durch förmliche Übereinkunft vom 16. Okt. 1896 auf Tunis ausgedehnt (A. S., XVI, 11; *Salis,* II, Nr. 444).

Der B. R. überschreitet m. E. auch seine Befugnisse, wenn er beansprucht, die Wirksamkeit eines Vertrages über die fest vereinbarte Zeit oder über den Termin, auf den gekündigt wurde, hinaus zu *ver-*

[1]) Streng genommen ist allerdings an die Ausübung jedes Rechtes im internationalen Verkehr eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit geknüpft; aber nicht mehr als bei der Ausübung nicht vertraglicher Rechte.

längern (A. S., X, 113; B. Bl. 1887, III, 642; *Salis*, II, Nr. 425; IV, 103; B. Bl. 1880, II, 192; *Salis*, II, Nr. 426; A. S., IV, 447; B. Bl. 1879, II, 457; *Salis*, II, Nr. 427, vgl. Nr. 428, 429, 431).

Die *Kündigung* eines Vertrages geht dagegen vom B. R. allein aus[1]; damit ist aber nicht gesagt, dass er einen Vertrag auch bloss teilweise kündigen könne, denn die Bedeutung des in Kraft bleibenden Teiles kann durch den Wegfall des andern verändert werden; *Salis*, II, Nr. 450. Ist aber der Vertrag einmal gekündigt, so kann ihn der B. R. nicht von sich aus wieder in Kraft setzen.

B. **Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Auslande.**

Wie bei Art. 7, S. *126*, ausgeführt, werden die Verträge unter den Kantonen über erlaubte Vertragsgegenstände ohne Mitwirkung der Bundesbehörde perfekt. Da Verträge der Kantone mit dem Auslande stets den Kanton als solchen verpflichten, müssen sie m. E. durch Vermittlung des B. R. abgeschlossen werden, welches immer ihr Gegenstand sei, vgl. Art. *10*, S. *149*. Sollte ein Kanton ohne Vermittlung des B. R. mit einem ausländischen Staate abschliessen, so wäre dieser Vertrag völkerrechtlich ungültig; denn der B. R. ist nach schweiz. Verfassungsrecht allein zuständig, internationale Verträge sowohl namens der Kantone wie namens des Bundes zu schliessen.

Ziffer 6. Der Grundsatz, dass *der Bund* in erster Linie für die **äussere Sicherheit und Unabhängigkeit der Eidgenossenschaft** zu sorgen hat und die *Kantone* nur subsidiär, ist im ersten Abschnitt der B. V. in einzelnen Anwendungen schon angedeutet (Art. 15 und 19, Abs. 2—5), aber erst in Art. 85, Z. 6, und 102, Z. 8 u. 9, ausgesprochen; es darf in diesen Stellen mehr als eine bloss organisatorische Vorschrift, nämlich eine materielle Kompetenzbestimmung erblickt werden. Der Grundsatz war mit dieser Bedeutung in der Mediationsverfassung Art. 1 und 34, und im Bundesvertrag von 1815, § I und § VIII, Abs. 7, unzweideutig enthalten; die entsprechenden Stellen nahmen in der neuen B. V. den Anschein von organisatorischen Bestimmungen an, weil die Angabe des Bundeszweckes (Art. 2) infolge der veränderten staatlichen Natur der Eidgenossenschaft ihre juristische Bedeutung verlor und die Kompetenzen der B. Vers. in den 2. Abscnitt versetzt wurden, ohne alle im 1. Abschnitt ihre Ausführung erfahren zu haben.

Die *Unabhängigkeit der Schweiz* ist gefährdet, wenn durch physische oder diplomatische Mittel ihre völkerrechtliche Stellung als souveräner Staat angegrifften wird; Angriffe auf die *äussere Sicherheit* können die Veränderung der internationalen Rechtsstellung der Schweiz ebenfalls zum Zweck haben, sie brauchen es aber nicht; bloss tatsächliche Angriffe von aussen auf die Sicherheit von Person und Eigentum in schweizerischem Gebiet genügen; Angriffe auf die internationale Rechtsstellung können aber auch von innen kommen. Die *Massregeln* gegen solche Angriffe können militärische sein, z. B. Bau von Befestigungen, Militärstrassen, Überwachung des Brieftaubenverkehrs (A. S., XX, 146), oder auch bloss polizeiliche, wie Internierung politischer Flüchtlinge (vgl. Art. *70*), Überwachung des Grenzverkehrs etc., oder endlich diplomatische; da aber dem B. R. das Recht zusteht, die Schweiz nach aussen

[1]) A. A. der B. R. im B. Bl. 1876, II, 597. *Salis*, II, Nr. 447.

zu vertreten, kann die B. Vers., abgesehen von den Kompetenzen der Ziffer 5, nur Rechenschaft von ihm verlangen und ihm Weisungen erteilen. Unter Massregeln der Ziffer 6 sind daher bloss Beschlüsse mit landesrechtlicher, nicht mit völkerrechtlicher Wirkung zu verstehen. Das gilt auch für Massregeln zur Behauptung der Neutralität; B. B. vom 5. Mai 1859 (A. S., VI, 239), durch welchen die vom B. R. abgegebene Neutralitätserklärung vom 14. März 1859 «bestätigt», die von ihm getroffenen militärischen Anordnungen gutgeheissen und ihm die Ermächtigung zu den weiteren erforderlichen Massregeln erteilt wurde, vgl. B. B. vom 21. Juli 1859 (A. S., VI, 297).

Die **Neutralität** der Schweiz ist bloss an dieser Stelle und in Art. 102, Z. 9, erwähnt; die B. V. will nicht vorschreiben, dass die Schweiz stets neutral bleiben soll, dies soll der Einsicht der jeweiligen Leiter der eidg. Politik vorbehalten bleiben; sie setzt die Neutralität als etwas Gegebenes voraus.

Was das *Verhältnis von B. Vers. und B. R.* betrifft in bezug auf die Kompetenz, solche Massregeln zu ergreifen, so ist die Meinung der B. V. m. E. die, dass die B. Vers. kompetent sei, auch wenn die Massregeln weder nach Inhalt noch nach Form gesetzgeberische sind, derart, dass der B. R. kraft der gleichlautenden Vorschrift des Art. 102, Z. 9, kompetent bleibt, solange die B. Vers. nicht verfügt. Auszunehmen sind nur kraft der besondern Vorschrift des Art. 102, Z. 8, Handlungen des völkerrechtlichen Verkehrs, wo der B. R. ausschliesslich kompetent ist. Ausnahmsweise ist die B. Vers. berufen, in einer den B. R. absolut bindenden Weise zu beschliessen über *Kriegserklärung* und *Friedensschluss;* dass der spätere Friedensvertrag durch die B. Vers. genehmigt werden muss, geht schon aus Ziffer 5 hervor.

Ziffer 7. Im ersten Teil der Bestimmung ist unklar, ob er bloss das Verhältnis von B. Vers. und B. R. betreffe oder auch etwas über das Verhältnis von Bund und Kantonen aussage. M. E. beschränkt er sich darauf, unter die Bundesbehörden diejenigen Kompetenzen zu verteilen, die dem Bund kraft anderweitiger Bestimmung schon zustehen.

Die Worte, welche in Ziff. 7 und 8 von der **Garantie der Kantonsverfassungen** sprechen, passen besser auf die materielle Gewährleistung des Art. 5 B. V. als auf die formelle des Art. 6. Indessen ist unbestritten, dass die B. Vers. allein diese formelle Gewährleistung erteilt. Die Verfassung führt neben der Intervention und der Bundesexekution die Garantie der Verfassungen der Kantone und die Massregeln zur Handhabung derselben besonders an. Sieht man von der formellen Garantie des Art. 6 B. V. ab, so bleibt für diese andere nur ein enges Anwendungsgebiet. Wird die Verfassung oder die Integrität des Gebietes eines Kantons im Kantone selbst angegriffen, so wird stets ein Fall der Intervention gegeben sein, es wäre denn, dass die Kantonsbehörden selbst, ohne Störung der äusseren Ordnung, beabsichtigten, die Verfassung bundesrechtswidrig abzuändern[1]) oder das Kantonsgebiet zu teilen. Droht die Gefahr von einem andern Kanton, ohne dass dieser Kanton offiziell am Anschlage beteiligt wäre, in welchem Fall Bundesexekution einzutreten hätte, so wird wiederum Intervention am Platze sein.

---

[1]) Dies wäre jedenfalls bei der Gewährleistung der abgeänderten Verfassung zu untersuchen.

Und ebenso, wenn nicht sowohl die Verfassung oder das Gebiet eines Kantons als die gesetzliche Ordnung als solche in einem Kanton gefährdet ist, sei es im Innern oder von aussen; im zweiten Fall kann namentlich der Bund in die Lage kommen, eine Art interkantonale Polizeihoheit auszuüben, die Art. 85, Ziff. 7, vielleicht speziell im Auge hatte; andere **Massregeln zur Handhabung von Ruhe und Ordnung** wird die B. Vers. nicht zu treffen haben. Über den Fall der *Verletzung der Kantonsverfassung* durch die kantonalen Behörden vgl. unten Art. 102, Ziff. 2 und 3. — Die innere **Sicherheit** kann etwa noch durch Angriffe auf den Bund selbst, seine verfassungsmässige Organisation oder seine Behörden verletzt sein; in diesem Fall ist der Bund wohl selbstverständlich zur Verteidigung berechtigt, wenn auch die Voraussetzungen der Intervention nicht verwirklicht wären.

Abgesehen von der formellen Garantie der Kantonsverfassungen, sind alle diese Befugnisse ihrer Natur nach exekutive; der B. R. ist daher zunächst berufen, sie auszuüben, und die B. Vers., wenn sie nicht gerade vereinigt ist, wird nur die Massnahmen des B. R. gutzuheissen haben. Es ist richtig, dass grundsätzlich die B. Vers. die Intervention beschliessen soll; sie wird aber selten in die Lage kommen, dieses Recht auszuüben, weil in solchem Falle rasches Handeln erforderlich ist. Deshalb kann u. U. der B. R. auch die Bundesexekution beschliessen. Ist die Intervention einmal durch den B. R. ins Werk gesetzt, so liegt es in seinem Ermessen, die B. Vers. einzuberufen; eine sofortige Einberufung verlangt die B. V. nur im Falle von Art. 102, Ziffer 11.

Amnestie und Begnadigung[1]. *Amnestie* ist der Verzicht des strafberechtigten Staates auf das Strafverfolgungs- oder Strafvollstreckungsrecht gegenüber einer Anzahl nicht individuell bestimmter Personen aus Gründen der Zweckmässigkeit (Politik). *Begnadigung* der Verzicht auf den Strafvollzug gegenüber individuell bestimmten Personen aus Gründen der Billigkeit.

Amnestie und Begnadigung stehen daher in einem Bundesstaate demjenigen Staate zu, dem die Strafberechtigung zusteht, und dies wird derselbe sein, welchem die Gerichtsbarkeit im betreffenden Gebiet zusteht, wenn nicht anzunehmen ist, diese Zuständigkeit beziehe sich nur auf die Gerichtsbarkeit im engern Sinn, vgl. O. G. 106, 107, Abs. 2; 125, Abs. 2. Das Gesetzgebungsrecht ist dagegen nicht entscheidend, wie der B. R. in einer Botschaft vom 26. Mai 1874 (B. Bl. 1874, I, 1105) ausführte (vgl. B. Bl. 1874, II, 606; 1894, II, 364), Entwurf zum O. G., vom 5. April 1892, Art. 167 (B. Bl. 1892, II, 364—374); *Salis*, IV, Nr. 1734, 1738, 1733[2]), obschon nicht zu verkennen ist, dass, wenn die Amnestie und die Begnadigung ihrer juristischen Gestalt nach Akte der Rechtsverwaltung sind, sie ihrem Inhalt und ihrer tatsächlichen Wirkung nach dem geschriebenen Gesetze gegenüber derogatorische Kraft beanspruchen. Diese Erwägung würde allerdings dazu führen, die Amnestie und die Begnadigung nur

[1]) *Conrad Stockar*, Das schweizerische Begnadigungsrecht, Zürich 1901. *Gysin*, Das Begnadigungswesen in der Schweiz, inkl. das Institut der bedingten Freilassung, 1881. *Teichmann*, Art. „Begnadigung" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 505. *Stooss*, Grundzüge, I, 450. *Blumer-Morel*, III, 77—79. *Schollenberger*, Kommentar, S. 506. *G. Vogt*, Die Gerichtsbarkeit des eidg. Bundes ... Zeitschr. für die gesamte Staatswissenschaft, XIII, 1857, 883.

[2]) Ebenso *Blumer-Morel*, III, 78; *Stooss*, Grundzüge, I, 461; *Teichmann*, a. a. O., 506.

in der Form der Gesetzgebung ausüben zu lassen, was die B. V. gewiss nicht wollte.

Die eben getroffene Kompetenzausscheidung zwischen Bund und Kantonen stützt sich mehr auf die Natur der Amnestie und der Begnadigung als auf positives Verfassungsrecht; Art. 85, Ziff. 7, der nicht das Verhältnis von Bund zu Kanton normiert, verpflichtet m. E. den Bund nicht, das Begnadigungsrecht überall auszuüben, wo er dazu verfassungsrechtlich kompetent wäre; er kann es den Kantonen zur Ausübung überlassen, wie er ihnen bisher einen Teil seiner Gerichtsbarkeit und die Strafgesetzgebung überlassen hat. Für eine solche «Delegation» sprachen sich aus: der B. R. in einem Bericht vom 20. März 1883 (B. Bl. 1883, I, 525; *Salis*, IV, Nr. 1735), in seinem Entwurf zum O. G. Art. 171 (B. Bl. 1892, II, 364 ff.); die N. R. K. in einem Bericht vom 26. Mai 1902 (B. Bl. 1902, III, 331)[1]. Soweit die Kantone noch die Gerichtshoheit kraft B. V. oder blossem B. Ges. innehaben, kann ihnen auch mit gutem Sinn das Amnestierecht zuerkannt werden; zweckmässiger wäre es aber allerdings, dass diese weitgehende Befugnis der Bundesbehörde vorbehalten würde.

Ziffer 7 wollte in der Tat nicht entscheiden, wann der Bund und wann die Kantone zu amnestieren oder zu begnadigen haben, sondern für die Fälle, wo der Bund dazu kompetent ist, das zur Ausübung dieser Kompetenz zuständige Bundesorgan bezeichnen. Schwieriger ist die Frage, ob die B. V. von sich aus statuiere, dass Amnestie und Begnadigung gegenüber allen strafbaren Gesetzesverletzungen zulässig seien, oder ob sie nur bestimme, wer dazu kompetent sei, falls das Gesetz Amnestie und Begnadigung zulasse. Es scheint mir richtiger, anzunehmen, die B. V. habe den Gesetzgeber in dieser Beziehung nicht binden wollen, er könne daher Begnadigung und Amnestie ausschliessen. Hat er sie aber nicht ausgeschlossen, so ist allerdings anzunehmen, die Begnadigung und die Amnestie seien überall möglich, weil sie die B. V. als etwas Bestehendes voraussetzt[2], ebenso: Botschaft zum O. G. (B. Bl. 1892, II, 37); *Salis*, IV, S. 394 (B. Bl. 1902, V, 869). Art. 85, Ziff. 7, sagt also nur das Eine, dass, wo der Bund das Amnestie- und Begnadigungsrecht hat, dieses Recht von der B. Vers. auszuüben ist; daran ist aber festzuhalten, wenn der Bestimmung nicht jede Bedeutung abgehen soll. Die B. Vers. darf ihre Befugnis nicht einer anderen Bundesbehörde delegieren[3]. Der b. r. Entwurf zu einem O. G., vom 5. April 1892, war daher in Art. 171, lit. *b*, verfassungswidrig. Die M. St. G. O. vom 28. Juni 1889 hat in Art. 214 das Begnadigungsrecht bei Verurteilungen zu Freiheitsstrafe dem B. R., im Falle des aktiven Dienstes dem Höchstkommandierenden übertragen; die zweite Ausnahme rechtfertigen m. E. militärische Erwägungen, die erste aber kaum. St. B. XII, 766. Die B. Vers. entschied im Fall der Genfer Refraktäre wohl mit Recht, das Recht der Amnestie sei auch in Militärstrafsachen der B. Vers. verblieben. Ibid. S. 746. Eine Delegation erblickte der B. R. (B. Bl. 1893, III, 631) auch in Art. 12 des B. Ges. betr. das Verfahren bei Übertretungen fis-

---

[1]) *Stockar*, S. 83.

[2]) *Schollenberger*, S. 507, unterscheidet zwischen Amnestie und Begnadigung: jene, als ein Ausfluss des Notrechts des Staates, bestehe ohne besondere gesetzliche Bestimmung, diese nur kraft einer solchen.

[3]) A. A. *Stockar*, 82; vgl. *Arndt*, Deutsche Juristenzeitung, VI, S. 230.

kalischer und polizeilicher Bundesgesetze, vom 30. Juni 1849, welcher dem B. R. gestattet, demjenigen einen Teil der Geldbusse zu erlassen, der sich der Strafverfügung der Verwaltungsbehörde vorbehaltlos unterzieht; die Begnadigung der gerichtlich Verurteilten ist dadurch m. E. nicht ausgeschlossen, wie auch die Praxis der B. Vers. angenommen; es empfiehlt sich aber, das Begnadigungsrecht sparsam auszuüben. *Salis,* IV, Nr. 1736; *Stockar,* S. 82, 94.

Auf Grund des geltenden Rechts wäre mit *Stockar* anzunehmen, die Strafberechtigung stehe dem Bunde bei allen durch Bundesstrafgesetze vorgesehenen Delikten zu, seien sie nach dem O. G. vom 22. März 1893 durch die Bundesassisen (B. Ges. über die Bundesstrafrechtspflege, vom 17. Aug. 1851, Art. 169—174; O. G. Art. 107), durch das Bundesstrafgericht oder durch die kantonalen Gerichte, zufolge des Gesetzes selbst oder zufolge b. r. Überweisung zu beurteilen, und zwar nicht, weil die Gerichtsbarkeit den Kantonen nicht zustände, sondern weil sie ihnen nicht zu ganz selbständiger Ausübung zusteht. Allein das O. G. selbst spricht der B. Vers. das Begnadigungsrecht, welchem das Recht der Amnestie gleichzustellen ist, nur in denjenigen Fällen ausdrücklich zu, wo das Bundesstrafgericht kraft Gesetzes in erster und letzter Instanz urteilt (Art. 125, Abs. 1), nämlich bei Übertretung des B. St. R. vom 4. Febr. 1853 mit seinen Ergänzungen, des B. Ges. betr. die Werbung und den Eintritt in fremden Kriegsdienst, vom 30. Juli 1859, und des B. Ges. betr. die Ausgabe und Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881; bei Übertretung der in Art. 125, Abs. 3, O. G., genannten Fiskalgesetze des Bundes und der sog. Polizeigesetze des Bundes aber ist das O. G. m. E. in dem Sinn auszulegen, dass die Begnadigung dem rechtsprechenden Kanton zusteht, obschon triftige Gründe für die gegenteilige Regelung sprechen würden.

Die Praxis folgt der grundsätzlichen Anschauung des B. R., nicht dem O. G., wie es eben ausgelegt wurde[1]; die B. Vers. trat auf zahlreiche Begnadigungsgesuche ein betr. Übertretungen von Polizeigesetzen, z. B. des Bundesgesetzes über Fabrikation und Vertrieb von Zündhölzchen, desjenigen über schuldhafte Nichtbezahlung von Militärsteuern u. a., wie aus den Geschäftsberichten des Justizdepartementes zu ersehen; ausnahmsweise entschied allerdings die B. Vers. anders. Vgl. betr. Forstgesetz: B. Bl. 1881, II, 65; *Salis,* 1. Aufl. III, Nr. 1177. — Bei Übertretungen *kantonaler Vollziehungsverordnungen* zu B. Ges. gehört dagegen das Begnadigungsrecht dem betr. Kanton. B. Bl. 1848, IV, 768; 1885, II, 720; *Salis,* IV, Nr. 1738; *Stockar,* S. 78.

Keinem Zweifel kann unterliegen, dass das Begnadigungsrecht im Gebiete des zukünftigen schweizerischen St. G. B., mit Vorbehalt der gegen den Bund gerichteten Delikte, wie bisher mit der Rechtsprechung den Kantonen verbleiben muss[2] (vgl. den bezüglich der Fiskal- und sog. Polizeigesetze des Bundes nicht klaren Art. 15 des Entwurfs zu einem Einführungsgesetz).

Amnestie. Es ist m. W. nie bestritten worden, dass die Amnestie, im Gegensatz zur Begnadigung, aus Gründen des öffentlichen Wohls zu erteilen sei, und zu gunsten einer durch ein gemeinsames generelles

---

[1]) *Stockar,* S. 75 ff.

[2]) Wie es auch im Deutschen Reich trotz Vereinheitlichung des Strafrechts, des Strafprozesses und der Gerichtsorganisation den Partikularstaaten verblieben ist.

Merkmal zu bestimmenden Zahl von Personen (St. B. XII, 775; Votum *Brosi).* Es war aber zweifelhaft, ob die Amnestie der B. V. nur das Recht zur Niederschlagung eines Prozesses umfasse oder auch das in die Rechtsprechung viel tiefer eingreifende Recht, das gefällte Urteil aufzuheben. Die B. Vers. hatte die Frage, ohne sie ausdrücklich zu erörtern, scheinbar verneint, indem sie 1861 auf eine Motion betr. *Amnestierung* der wegen Übertretung des B. Ges. vom 30. Juli 1859 *Angeklagten* und eine Motion betr. *Begnadigung* der schon *Verurteilten* eintrat, beide Motionen aber verwarf (B. Bl. 1861, II, 371, 707, 718, 721; 1902, V, 871. St. B. XII, 749, 754). Durch B. B. vom 23. Dez. 1870 wurde die strafrechtliche Verfolgung gegen alle des gleichen Vergehens schuldigen Personen, welche in Untersuchung gezogen werden könnten oder bereits gezogen, *aber noch nicht bestraft* worden seien, aufgehoben (B. Bl. 1870, III, 751; 1871, I, 7). Die B. Vers. beantwortete die Frage ausdrücklich im anderen Sinn, indem sie auf das Amnestiegesuch einer Anzahl Genfer Bürger zu gunsten der wegen Ausreissens vom Militärgericht der II. Division im Nov. 1902 Verurteilten eintrat und das Gesuch nach Bejahung ihrer Kompetenz verwarf. B. Bl. vom 19. Dez. 1902 (St. B. XII, 790). Der B. R. war im Gegensatz zu Art. 168 seines Entwurfes zum O. G. anderer Ansicht[1]. Mehr als Gründe des öffentlichen Wohls spricht dafür die praktische Erwägung, dass die B. Vers. das Niederschlagungsrecht nur ausüben könnte während sie versammelt ist, da unmöglich dem Amnestiegesuch aufschiebende Wirkung zugestanden werden kann. Die Amnestie nach der Verurteilung hat allerdings den Nachteil, dass u. U. ein Teil der Strafe schon verbüsst ist, einzelne der Verurteilten ihre Strafe vielleicht schon ganz verbüsst haben, andere noch nicht; aber auch nach Verbüssung der Strafe ist die Amnestie für die Verurteilten nicht wertlos, da sie das Verbrechen mit seinen strafrechtlichen Folgen rechtlich auslöscht.

Es bedarf kaum der Erwähnung, dass das Amnestiegesuch kein Rechtsmittel ist, sondern eine Petition i. S. des Art. 57 B. V., die jedermann einreichen kann. Die B. Vers. bedarf eines solchen Gesuches nicht, um die Amnestie zu gewähren, wie in den Verhandlungen von 1902 richtig betont wurde, und sie braucht nicht einzutreten, wenn ein Gesuch gestellt ist; es bedarf dazu korrekterweise vielmehr des Antrages eines Vorschlagsberechtigten (St. B. XII, 751, 767, 775). Der B. R. scheint in einem Kreisschreiben vom 24. Okt. 1870 anzunehmen, ein solcher Antrag habe aufschiebende Wirkung gegenüber der Strafjustiz, indem er die Kantone einlud, mit Rücksicht auf den von ihm bei der B. Vers. zu stellenden Antrag einstweilen keine Strafprozesse einzuleiten und eingeleitete bis auf weiteres zu suspendieren (B. Bl. 1870, III, 751). Die Ansicht des B. R. ist m. E. unrichtig.

Die B. Vers. erteilte Amnestie: durch B. B. vom 25. Juli 1855 (A. S. V, 170) den wegen Unruhen bei den Tessinerwahlen vom 29. Okt. 1854 Angeklagten; durch B. B. vom 16. Januar 1857 (A. S. V, 526) den anlässlich des Neuenburger Aufstandes vom 2./3. Sept. 1856 Angeklagten (vgl. Art. 5 des Staatsvertrages vom 26. Mai 1857 betr. Neuenburg); durch B. B. vom 23. Dez. 1870 (B. Bl. 1871, I, 7) den wegen Eintritts in fremde Kriegsdienste Strafbaren; durch B. B. vom 18. Dez. 1891 (St. B. I, 441)

---

[1] Ebenso *Blumer-Morel,* III, 79; während *Stooss,* Grundzüge I, 456, *Stockar,* 86, und *Schollenberger,* Kommentar, S. 508, der Ansicht der B. Vers. sind.

den wegen Wahlbestechungen bei den Tessiner Wahlen vom März 1889 Angeklagten, während die Amnestie der wegen Teilnahme an der Revolution vom 11. Sept. Angeklagten, gegen den Antrag des B. R. (B. Bl. 1891, III, 586) nicht erteilt wurde (B. Bl. 1892, II, 575); sie wurde ebenfalls verweigert den wegen Übertretung des Verbotes fremden Kriegsdienstes (B. Ges. vom 30. Juli 1859) Angeklagten durch Beschluss vom 26. Juli 1861 (B. Bl. 1862, II, 276) und im schon erwähnten Falle der Genfer Refraktäre durch B. B. vom 19. Dez. 1902.

Die *Begnadigung* umfasst nur das Recht, die ausgesprochene Strafe aufzuheben, nicht die Strafuntersuchung gegen eine einzelne Person niederzuschlagen (Abolition)[1]; dieser Auffassung, der m. W. von offizieller Seite nie widersprochen wurde, folgen Art. 169 ff. des eidg. Strafprozesses vom 27. Aug. 1851, Art. 214—217 (vgl. Art. 5) der Milit. St. G. O. vom 28. Juni 1889, und wohl auch Art. 125, Abs. 2, O. G.; auch der b. r. Entwurf zu einem O. G. vom 5. April 1892, Art. 168, stand auf diesem Boden.

Die Wirkung der Begnadigung und das Verfahren bestimmen sich m. E. überall nach dem erwähnten Bundesstrafprozess, Art. 169—174, ausser in Militärstrafsachen, wo die Milit. St. G. O. anwendbar ist[2]).

Vorläufige Entlassung und *bedingte Verurteilung* sind Modalitäten des Strafgesetzes selbst, wie es von den Gerichts- und Vollzugsbehörden anzuwenden ist, nicht eine von aussen kommende Korrektur des Gesetzes; also keine Begnadigung im Rechtssinne.

Ziffer 8. Die Massregeln, welche die Garantie der Kantonalverfassungen zum Zwecke haben, wurden bereits unter Ziff. 7 besprochen. Indem die Verfassung die **Massregeln, welche die Handhabung der B. V. zum Zwecke haben,** in den Geschäftskreis der B. Vers. stellt, überträgt sie ihr nicht bestimmte Befugnisse, sondern bringt nur in Erinnerung, dass der B. Vers. kraft anderweitiger Bestimmungen zukommt, solche Massregeln zu treffen, z. B. ausser den in Art. 85 selbst erwähnten, kraft Art. 23, 42, lit. *f*, 51, Abs. 2. Dass der B. Vers. nicht die Massregeln zur Handhabung der B. V. schlechthin zustehen, geht, abgesehen von innern Gründen, schon daraus hervor, dass Art. 102, Ziff. 2, auch dem B. R. die Sorge überbindet, für Beobachtung der B. V. zu wachen und zur Handhabung derselben, von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde, die erforderlichen Verfügungen zu treffen.

Massregeln, welche die Erfüllung der bundesmässigen Verpflichtungen zum Zwecke haben. Darunter ist nicht die Geltendmachung der bundesmässigen Pflichten der Kantone in jeder Form zu verstehen; die gütlichen Verhandlungen mit den Kantonen zu führen, welche die Erfüllung dieser Pflichten verweigern, steht der Vollziehungsbehörde, dem B. R., zu, und wenn der Kanton seine Pflicht bestreitet, so kann er oder der B. R. den Kompetenzkonflikt vor dem B. Ger. erheben (Art. 113, Ziff. 1). Der B. Vers. allein steht es aber zu, Zwangsmassregeln gegen den renitenten Kanton, die Bundesexekution zu beschliessen, wenn nicht die Erhaltung der öffentlichen Ruhe oder der verfassungsmässigen Ordnung oder andere Gründe, z. B. militärische, ein sofortiges Einschreiten der Vollziehungsbehörde erheischen (vgl. Ziff. 7). Es ist an

---

[1]) *Stockar*, 89.
[2]) *Ders.*, 91—93.

sich gleichgültig, ob die bundesmässige Verpflichtung des Kantons auf der B. V. selbst oder auf einem B. Ges. oder B. B. beruhe. Muss zur Vollziehung dem Kanton gegenüber Zwang angewendet werden, so ist die B. Vers. allein zuständig; dies muss m. E. ebensowohl für die Vollziehung von Urteilen des B. Ger. und Rekursentscheiden der politischen Behörden gelten, wie von anderen B. B. und von B. Gesetzen (vgl. Art. 102, Ziff. 5). Der B. R. kann dagegen alle Massregeln bis zur eigentlichen Zwangsexekution anwenden, z. B. Entsendung von Kommissarien, wie er 1850 (B. Bl. 1850, III, 386 f.) und 1855 zwecks Überwachung der politischen Flüchtlinge gegen Genf vorging, 1869 gegen Uri zwecks Vollziehung schiedsrichterlicher Urteile (B. Bl. 1870, II, 158), und 1884 gegen Tessin zwecks Beobachtung einer Sistierungsverfügung des B. R. als Rekursbehörde im Falle Enderlin, wo der B. R. mit Anwendung von Gewalt drohte und Truppen aufs Pikett stellte. *Salis*, I, Nr. 174. M. E. kann er auch indirekten Zwang auf die Kantone ausüben durch Vorenthaltung ihnen zukommender Gelder (vgl. Art. 23, 24, 27bis, 30, 32bis, 37, 39, Abs. 4), und der verschiedenen Subventionen.

Die Zwangsvollstreckung bundesmässiger Pflichten der Kantone bietet besondere Schwierigkeiten, wenn die Pflicht der Kantone nicht in der blossen unselbständigen Vollziehung bundesrechtlicher Vorschriften oder Befehle besteht, sondern in der Aufstellung von Ausführungsbestimmungen oder -organen, die dem freien Beschlusse der kantonalen Gesetzgebungs- oder Regierungsbehörden, vielleicht sogar des Volkes entspringen müssen. Der Bund hat auf die Organisation der kantonalen Behörden und ihren Geschäftsgang alle mit der Sache verträgliche Rücksicht zu nehmen; denn er kann nicht verlangen, dass das kantonale Beschlussverfahren auf den besonderen Fall der Vollziehung von Bundesvorschriften zugeschnitten werde. Führt aber das kantonale Verfahren nicht zum Ziel, so steht es der B. Vers. zu, an Stelle der kompetenten kantonalen Behörden die erforderlichen Verfügungen provisorisch zu treffen; vgl. St. B. XIII, 444; Blätter für zürch. Rechtssprechung, III, 1904, 126, betr. Vollziehung des Art. 29 des Markengesetzes.

Ziffer 9. Vgl. Art. *102*, Ziff. 11. Es handelt sich, hier wie dort, um Verfügungen im aktiven Dienst, nicht zu Instruktionszwecken; diese sind durch Gesetz geregelt.

Ziffer 10. Aufstellung des jährlichen Voranschlages[1]**.** Es wäre unrichtig, aus der kurzen Anführung der Befugnis der B. Vers. zur Aufstellung des jährlichen Voranschlages ein vollständiges Budgetrecht der Eidgenossenschaft herauszukonstruieren; soweit ein solches Budgetrecht besteht, beruht es weit mehr auf parlamentarischer Übung, auf Weisungen, welche die B. Vers. dem B. R. anlässlich der Budgetberatung erteilte, und, was das Verhältnis des B. R. zu den ihm untergebenen Behörden betrifft, auf Beschlüssen des B. R.; als solche sind namentlich zu erwähnen: das Reglement über die Organisation der Finanzverwaltung und die Einrichtung und Führung des eidgenössischen Kassen- und Rechnungswesens, vom 19. Febr. 1877 (A. S. III, 24, vgl. XIX, 97), teilweise abgeändert durch das Regulativ für die eidg. Finanzkontrolle,

---

[1]) *Imboden*, Art. „Budget der Eidgenossenschaft" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 640; *Salis*, III, S. 666 ff; *Schollenberger*, Kommentar, S. 509; *Hiestand*, a. a. O. 70 ff.; *Bernatziks* Besprechung von *Salis'* Bundesrecht, I. A., in der krit. Vierteljahrschrift XXXV, 1893, S. 294 ff.

vom 24. Februar 1903 (A. S. XIX, 420), Verordnung über die Aufstellung des Budgets des schweiz. Militärdepartements und über die Zuteilung und Verwendung der betreffenden Kredite, vom 17. Dez. 1877 (A. S. III, 270). Vgl. *Salis*, III, S. 666 und Nr. 1354. Der leitende Gedanke des Art. 85, Ziff. 10, in Verbindung mit Art. 102, Ziff. 14, ist der, dass die B. Vers., wie die Parlamente anderer Länder, berechtigt ist, die Verwaltung durch Aufstellung eines Budgets in finanzieller Beziehung zu kontrollieren; was aber das Budget sei, in welcher Form es zu entwerfen und welches seine rechtliche Bedeutung sei, setzt die B. V. mehr voraus, als dass sie es bestimmt. Art. 85, Ziff. 10, ist vornehmlich eine Kompetenzbestimmung, die allerdings insofern unvollständig ist, als sie Rechtsbegriffe verwendet, die nirgends sonst definiert sind.

Da die rechtlichen Grundlagen der Bundeseinnahmen durch Erlasse, die vom Budget unabhängig sind, gegeben sind, kann die B. Vers. die *Einnahmen* im Budget nicht regulieren, sondern nur ihren mutmasslichen Betrag aufzeichnen. Das Einnahmenbudget ist nur insofern wegleitend für den B. R., als das Ausgabenbudget die vollziehende Behörde in ihren Ausgaben nicht nur absolut, sondern auch mit Rücksicht auf die voraussichtlichen Einnahmen beschränken will, die vollziehende Behörde also zu grösserer Sparsamkeit veranlassen soll, wenn die Einnahmen unter dem budgetierten Betrage bleiben.

Bezüglich der *Ausgaben* begründet der Voranschlag m. E. bloss eine besonders qualifizierte Verantwortlichkeit des B. R., nicht aber die Pflicht, unter keinen Umständen für die budgetierten Zwecke mehr auszugeben oder für andere Zwecke Ausgaben zu machen, und noch viel weniger die Pflicht, die budgetmässigen Ausgaben zu machen. Der B. R. soll sich streng an die bewilligten Kredite halten, wo er annehmen muss, dass die B. Vers. ihm nicht mehr bewilligt haben würde, wenn sie die dermalige Sachlage gekannt hätte, namentlich also, wenn sich die Umstände seit der Annahme des Budgets nicht verändert haben. Erweist sich ein Kredit als unzureichend, so soll der B. R. allerdings, wenn irgend möglich, im Laufe des Jahres einen Nachtragskredit verlangen; ist dies nicht möglich, so genehmigt der B. R. vorläufig den Kredit. Regulativ vom 24. Febr. 1903, Art. 7; *Salis*, III, Nr. 1368. Wie die Überschreitung des bewilligten Kredits nicht absolut verboten ist, sondern nur eine besondere Verantwortungspflicht begründet, so ist auch der B. R. durch Einhaltung der Grenzen des Budgets nicht unter allen Umständen entlastet: stellt sich heraus, dass der Kredit zu hoch bemessen, oder die Ausgabe unnötig war, so soll der B. R. den Kredit nicht erschöpfen oder nicht angreifen.

Damit ist auch gesagt, dass, wenn der Budgetbeschluss nicht oder nicht rechtzeitig zu stande kommt, der B. R. keine Rechtswidrigkeit begeht, wenn er doch Ausgaben macht, und auch solche, die weder dem Grundsatze noch dem Betrage nach gesetzlich vorgeschrieben sind. Als die B. Vers. i. J. 1873 das Budget für das folgende Jahr wegen der Verhandlungen über die Verfassungsrevision auf den Januar 1874 verschieben musste, ermächtigte sie den B. R., inzwischen auf Grund seines Voranschlags zu verwalten. Das Budget für 1872 wurde ebenfalls erst am 3. Febr. 1872 angenommen [1].

---

[1] *Imboden*, a. a. O., S. 645.

Der Beschluss des Budgets (der Ausgaben) ist *kein Gesetz,* weder dem Inhalte noch der Form nach; letzteres nicht[1]), weil das Budget durch die B. Vers. allein beschlossen wird, ohne dem Referendum zu unterliegen; ersteres nicht, weil das Budget, wenn es seiner Bestimmung treu bleibt, keinen Rechtssatz aufstellt, sondern nur dem B. R. eine Weisung oder genauer zum voraus eine bedingte Entlastung für seine finanzielle Amtsführung erteilt.

Über Zeit und Form der Beratung des Budgets in der B. Vers. vgl. B. Ges. über den Geschäftsverkehr zwischen N. R., St. R. u. B. R., vom 9. Oktober 1902, Art. 24—26.

Da das Budget nicht in Gesetzesform erlassen wird, soll auch kein Gesetzesrecht auf dem Umwege abgeändert werden, dass die zur Ausführung nötigen Kredite verweigert werden, noch viel weniger durch eine ausdrückliche, in den Budgetbeschluss aufgenommene Bestimmung; durch das Budget soll kein objektives Recht geschaffen werden. Anderseits verpflichten die bestehenden Gesetze die B. Vers. nicht unbedingt, alle zu ihrer Ausführung notwendigen Ausgaben zu bewilligen. Die B. Vers. kann auch gesetzlich vorgeschriebene, ja privatrechtlich geschuldete Ausgaben verweigern, wenn der Staat, vielleicht durch anderweitige dringende Anforderungen, die Ausgaben nicht zu leisten vermag. Dadurch enthebt sie allerdings den Staat der Zahlungspflicht nicht, sondern sie verbietet dem B. R., die Zahlungspflicht zu erfüllen, m. a. W. sie erklärt den Staat zahlungsunfähig; der B. R. aber bleibt an die Weisung gebunden. Mangeln dem Staat die Mittel, um alle seine Aufgaben zu erfüllen, so muss eine Behörde darüber entscheiden, welche Aufgaben die wichtigsten sind, und das ist im Bund die B. Vers. Der Richter kann den Staat wohl zur Zahlung verurteilen, wenn der Staat die Zahlungspflicht bestreitet, die Vollziehung des Urteiles liegt aber in der Hand der B. Vers.

Steht somit der B. Vers. die rechtliche Möglichkeit zu, geschuldete Zahlungen zu verweigern, so wird sie doch selbstverständlich nur im Falle äusserster Not von einer Befugnis Gebrauch machen, welche den Kredit des Staates unfehlbar untergräbt; in der Regel müssen gesetzlich geschuldete Zahlungen als unabänderliche Ausgabeposten gelten.

Je mehr nun solche Ausgaben gesetzlich vorgesehen und ziffermässig bestimmt werden, desto geringerer Spielraum bleibt für das Budgetbewilligungsrecht. Indessen bedarf es kaum der Erwähnung, dass solch dauernde Festlegung der Ausgaben durch Gesetze der jährlichen Budgetbewilligung nicht widerspricht, da dieses Recht nicht dazu dienen soll, alle von der B. Vers. selbst einmal beschlossenen Ausgaben jedes Jahr von neuem in Frage zu stellen, sondern den B. R. in der Entscheidung über gesetzlich nicht festgelegte Auslagen zu beschränken.

Aus diesen Gründen wäre es m. E. mit der Verfassung vereinbar, das Budget nach englischem Muster in einen unveränderlichen und einen veränderlichen Teil zu zerlegen und diesen allein durch die B. Vers. beschliessen zu lassen[2]).

---

[1]) A. A. *Schollenberger,* Kommentar, S. 510.

[2]) St. B. XI, 271, Votum *Heller; Salis,* III, Nr. 1355. Auch die Feststellung eines Maximums der Ausgaben, wie es für das Militär mehrfach vorgeschlagen wurde, wäre nicht sowohl ein Eingriff in das Budgetrecht der B. Vers. als in bestehendes Gesetzesrecht; sie müsste daher in Gesetzesform vorgenommen werden. *Salis,* III, Nr. 1356.

Das B. Ges. betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen für Rechnung des Bundes etc., vom 15. Oktober 1897 (A. S. XVI, 553), weist der B. Vers. die «Genehmigung» des Jahresbudgets zu (Art. 13, lit. A, Ziff. 6). Bei der Beratung des Gesetzes selbst wurde die Verfassungsmässigkeit des Vorschlags des B. R., das Budget der Bundesbahnen durch den B. R. genehmigen zu lassen, im N. R. in Frage gestellt (St. B. VII, 1074 ff.), worauf die Bestimmung abgeändert wurde; bei der Beratung des Budgets der Bundesbahnen für 1902 zeigte sich im St. R. eine Meinungsverschiedenheit über die Bedeutung und die Zweckmässigkeit jener Gesetzesbestimmung (St. B. XI, 780 ff.). M. E. entspricht es allerdings dem System der B. V., dass für die ganze Verwaltung ein Voranschlag entworfen und durch die B. Vers. beschlossen werde; die Urheber der Verf. hatten 1874 wohl nichts anderes vorausgesehen. Wenn aber ein Verwaltungszweig so organisiert werden muss, dass die Budgetbewilligung durch die B. Vers. nicht mehr tunlich ist, so ist eine Abweichung von jenem Grundsatz nicht verfassungswidrig, vorausgesetzt, dass jene Organisation selbst verfassungsmässig sei; denn für die Organisation eines Verwaltungszweiges muss in erster Linie der Zweck massgebend sein, dem er dient, nicht die Möglichkeit der Budgetbewilligung durch die B. Vers. Wenn sich daher eine zweckdienliche Organisation der Bundesbahnen mit dieser Befugnis der B. Vers. nicht vereinigen liesse, müsste diese weichen. Vgl. den Bericht der St. R. K. *(Usteri)* vom 30. Aug. 1902 (B. Bl. 1902, IV, 368); *Salis,* III, S. 687. Z. T. aus Gründen der Organisation, z. T. aus Gründen des Geschäftsbetriebes war ein Budget gar nicht vorgesehen im Entwurfe einer Bundesbank, auch in der Form einer Staatsbank, und in dem vom Volke verworfenen Gesetze betr. Kranken- und Unfallversicherung, Art. 111, 114, 174, 306, vgl. Art. 374 und Art. 45 des B. Ges. vom 28. Juni betr. Versicherung der Militärpersonen (A. S. XVIII, 803). Dagegen wäre es mit der Verfassung kaum zu vereinbaren, wenn das Budget einer Spezialverwaltung letztinstanzlich durch den B. R. und nicht durch die B. Vers. genehmigt würde, wie es im b. r. Entwurf zum Eisenbahnrückkaufgesetz, vom 25. März 1897, Art. 11, vorgesehen war; vgl. St. B. VII, 1074—1082. Dass die B. Vers. bloss das Recht der «Genehmigung» statt der «Aufstellung» habe, enthält jedenfalls nichts Verfassungswidriges; denn wenn damit auch gesagt ist, was hier nicht zu untersuchen ist[1]), dass die B. Vers. den Budgetentwurf, wie er ihr vorgelegt wird, nur gutheissen oder ablehnen, aber nicht von sich aus abändern darf, so kann das doch nur so viel heissen, dass sie vor definitiver Abänderung die unteren Instanzen (B. R. und Eisenbahnverwaltungsrat) anhören soll; denn irgend ein Budget muss ja zustande kommen. Vgl. Bericht des B. R. vom 12. Juni 1902 (B. Bl. 1902, III, 821); Bericht der St. R. K. vom 30. Aug. 1902 (B. Bl. 1902, IV, 363); *Salis,* III, Nr. 1363.

Über die Form des Voranschlages enthält die B. V. nur die eine Vorschrift, dass er *jährlich* aufgestellt werden muss; damit ist gesagt, dass für jedes Jahr ein neuer Voranschlag aufgestellt werden soll, nicht aber, dass dieser Voranschlag genau nur für die Dauer eines Jahres gelten darf. Die Rechnungen eines Jahres müssen gemäss längerer Praxis mit dem 15. Februar, diejenigen des Militärdepartementes mit

---

[1]) Vgl. den Bericht der N. R. K. vom 14. Nov. 1902. B. Bl. 1902, V, 727.

Ende Februar abgeschlossen werden[1]; spätere Zahlungen dürfen nicht mehr aus den Krediten des vergangenen Jahres bestritten werden.

Dem Zweck des Voranschlages entspricht es, dass er die voraussichtlichen Einnahmen und Ausgaben *vollständig* anführe. Eine besondere Vorschrift darüber ist aber der B. V. nicht zu entnehmen[2]; ebensowenig wie über die *Spezialität* des Budgets. Es steht der B. Vers. zu, den B. R. anzuweisen, das Budget in grösserer oder geringerer Spezialität zu entwerfen oder selber Veränderungen vorzunehmen, wie auch über die Anordnung des Budgets überhaupt Weisungen zu erteilen. Vgl. den B. B. betr. das Budget für das Jahr 1865, vom 17. Christmonat 1864 (A. S. VIII, 195), Ziff. 1, 6, 7, 14. Der B. R. hat sich alsdann an jeden der bewilligten Budgetposten zu halten. Art. 82 des Reglements vom 19. Febr. 1877; Art. 6 des Regulativs vom 24. Febr. 1903. *Salis*, III, Nr. 1365. Ein besonderes Budget und eine besondere Rechnung werden aufgestellt über die Alkoholverwaltung und über die Verwaltung der Bundesbahnen. *Salis*, III, Nr. 1362, 1363; das sog. Materialbudget der Militärverwaltung wird durch die eidg. Räte schon in der Junisession beraten, bildet aber einen Bestandteil des später zu beratenden Gesamtvoranschlages (vgl. z. B. B. Bl. 1904, III, 629).

Abnahme der Staatsrechnung. Der B. R. ist gemäss Art. 102, Ziff. 14, verpflichtet, der B. Vers. Rechnung zu stellen über die Einnahmen und Ausgaben des Bundes. Über die *Form* dieser Rechnung ist damit nichts gesagt; die B. Vers. kann vom B. R. über die gesamte Finanzlage und das gesamte finanzielle Gebaren der Verwaltungsbehörden Rechenschaft verlangen, und sie kann dem B. R. vorschreiben, wie er die Rechnung im einzelnen anzulegen habe. Vgl. *Salis*, III, Nr. 1357 ff. Die Staatsrechnung in ihrer üblichen Form umfasst denn auch nicht nur die Darstellung der Bareinnahmen und -ausgaben eines Verwaltungsjahres (Verwaltungsrechnung und Betriebsbilanz), sondern auch die Darstellung des Vermögensstandes auf Schluss des Rechnungsjahres und die im Laufe des Jahres vorgekommenen Mutationen (Übersicht über die Kapitalbewegungen). Besondere Abschnitte der Staatsrechnung sind grösseren Ausgaben und Kapitalrechnungen gewidmet, wie Erstellung des Bundeshauses Mittelbau, Eisenbahnfonds, Neubewaffnung der Feldartillerie; am Schluss sind die Rechnungen der verschiedenen Spezialfonds angefügt. Besondere Rechnung wird erstattet über die Alkoholverwaltung und die Verwaltung der Bundesbahnen.

---

[1] Einer gütigen Mitteilung von H. *Imboden*, Sekretär des eidg. Finanzdepartements, zufolge, wurde die in Art. 81 des Reglements vom 19. Febr. 1877 vorgesehene Frist (Ende Januar) für das Militärdepartement durch B. R. B. vom 23. Januar 1891 auf Ende Februar verlängert; für die anderen Departemente setzt der B. R. die Frist seit einer Reihe von Jahren jeweils auf den 15. Februar fest. Vgl. die folgende Note!

[2] Art. 81, Abs. 2, des Reglements vom 19. Febr. 1877 bestimmt: „Übertragbar von einem Jahr zum andern bis zu ihrer Erschöpfung i. S. der ursprünglichen Zweckbestimmung sind nur solche Kredite, welche durch spezielle Bundesbeschlüsse bewilligt, aber nicht auf ein bestimmtes Jahr zur Verwendung angewiesen sind." Diese Bestimmung wird aber in der Praxis nicht befolgt, wie mir H. *Imboden*, Sekretär des eidg. Finanzdepartements, gütigst mitteilte; wenn ein Kredit durch einen besonderen B.B. bewilligt und im gleichen Jahre nicht erschöpft worden ist, so wird die im folgenden Jahr auszugebende Quote dennoch der Vollständigkeit halber in das Budget oder in die Nachtragskredite aufgenommen, unter Hinweis auf den früheren B.B. Andernfalls wird gewöhnlich von einer Einstellung in die Nachtragskredite Umgang genommen.

Die *rechtliche Wirkung* der Rechnungsabnahme ist die Entlastung des B. R. von seiner finanziellen Verantwortlichkeit[1]). Wird die Genehmigung versagt, so haftet der B. R., zivilrechtlich oder strafrechtlich, nach Massgabe des B. Ges. über Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten, vom 9. Dez. 1850 (vgl. Art. 64, Abs. 1, O. R.). Die dem B. R. untergebenen Beamten werden entlastet durch Abnahme ihrer Rechnung seitens ihrer Aufsichtsbehörde. Wie die Staatsrechnung aber in blossen Ziffern nicht die gesamte Tätigkeit des B. R. darstellt, so bedeutet die Genehmigung auch nicht eine Gutheissung der b. r. Verwaltung in allen Teilen. Die Staatsrechnung und die dazu gehörigen Belege weisen nach, welche, d. h. zu welchem Zweck und in welchem Betrage, Ausgaben gemacht worden sind.

War die Ausgabe nicht oder nur in geringerem Betrage budgetiert, so hat der B. R. bei der Rechnungsstellung die Ausgabe selbst oder die Kreditüberschreitung zu rechtfertigen, und die Genehmigung der Rechnung wird ihn dafür entlasten. War die Ausgabe budgetiert, so bedarf der B. R. in der Regel keiner besonderen Rechtfertigung, dass er die Ausgabe gemacht; er hat nur noch nachzuweisen, dass die kreditierte Summe zum bewilligten Zweck verwendet wurde, und wenn der Kredit nicht erschöpft ist, dass der Rest vorhanden ist; wegen dieses inneren Zusammenhangs zwischen Budget und Staatsrechnung müssen beide nach gleichem Plan aufgebaut sein. Der B. R. wird somit durch die Genehmigung der Rechnung dafür entlastet, dass er die angeführten Ausgaben gemacht hat, und seine Rechnung über das finanzielle Schlussergebnis des Jahres wird als richtig anerkannt. Über die zweckmässige Verwendung der ausgegebenen Gelder gibt die Staatsrechnung keine Auskunft; die Genehmigung der Staatsrechnung kann daher den B. R. in dieser Beziehung nicht entlasten. Der B. R. gibt darüber Rechenschaft in seinem Geschäftsbericht, denn beinahe jede Verwaltungshandlung kann sich als Verwendung öffentlicher Gelder, als eine Ausgabe darstellen, und er wird dafür entlastet durch die Genehmigung des Geschäftsberichts, in dem Masse als darin Auskunft erteilt ist. Wenn der B. R. z. B. Fr. 500,000 für den Bau einer Kaserne ausgegeben hat, so wird er in diesem Punkte die Genehmigung der Staatsrechnung erhalten, wenn er nachweist, dass die Ausgabe bewilligt (oder dringend nötig) war, und dass die Fr. 500,000 wirklich zum Bau der Kaserne gedient haben. Ist aber die Kaserne unbrauchbar, weil das Departement des Inneren (eidg. Bauten) die Pläne entwarf, ohne das Militärdepartement über die an das Gebäude gestellten militärischen Anforderungen zu Rate zu ziehen, so ist der B. R. dafür mit der Entgegennahme der Rechnung durch die B. Vers. nicht entlastet; die schwerwiegendsten Folgen schlechter Verwaltung sind auch durchaus nicht die finanziellen Nachteile, sondern die Gefährdung öffentlicher Interessen.

Die B. Vers. regte mehrmals die Errichtung eines eidg. *Rechnungshofes* an, und es entstand die Frage, ob eine solche Einrichtung mit der verfassungsmässigen Behördenorganisation und speziell mit Art. 85, Ziffer 10, und Art. 102, Ziff. 14, vereinbar sei[2]). Soll der Rech-

---

[1]) *Laband,* IV, 531; *Hänel,* Studien zum deutschen Staatsrechte, II, 334. *Hans Escher,* Schweiz. Bundesbeamtenrecht, 1903, 160. *Albert Geser,* die zivilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten, Diss., Gossau, 1898, 121, 150.

[2]) Die Bestrebungen sind geschichtlich dargestellt in der Botschaft des B. R. vom 10. Dez. 1900 betr. die Frage der Aufstellung einer eidg. Rechnungskammer. B. Bl. 1900,

nungshof eine dem B. R. untergeordnete Behörde sein, deren Entscheidungen durch den B. R. abgeändert werden können, so findet er im Rahmen der verfassungsmässigen Behördenorganisation seinen Platz; denn der B. R. bleibt dann der B. Vers. gegenüber die verantwortliche Behörde, sowohl für die Einhaltung der Schranken des Budgets, wie für ordentliche Rechnungsführung. Zulässig wäre es m. E. auch, einer besonderen Behörde die vorbereitende Prüfung der vom B. R. vorgelegten Staatsrechnung zu übertragen, wenn nur der B. Vers. selbst das Recht vorbehalten bleibt, dem B. R. Decharge zu erteilen. Eine solch konsultative Funktion ist mit der Verteilung der Kompetenzen, wie sie die Verfassung vorsieht, nicht in Widerspruch, während allerdings eine Behörde, welche die vorgängige Ausgabenkontrolle über den B. R. selbst ausübte oder den B. R. anstatt der B. Vers. durch Abnahme der Rechnung entlastete, verfassungswidrig wäre[1]. Schwieriger ist die Frage, wie diese Behörde organisiert werden sollte. Eine Verfassungswidrigkeit läge m. E. nicht darin, dass sie nicht aus Mitgliedern der B. Vers. zusammengesetzt würde, denn sie hätte keine andere Funktion auszuüben als die einer Begutachtung, und Sachverständige kann die B. Vers. gewiss zu jedem Geschäft herbeiziehen. Anders entscheiden hiesse die Form über die Sache stellen. Die B. Vers. hat schliesslich von der Beiziehung ausserparlamentarischer Sachverständigen abgesehen, indem sie nach dem Muster der für die Alkoholverwaltung schon bestehenden Kommission für die Prüfung der Voranschläge, Nachtragskreditbegehren und Staatsrechnungen einer Amtsperiode eine ständige Finanzkommission jedes Rates und eine aus der Mitte der beiden Kommissionen abzuordnende gemeinsame Delegation geschaffen hat, welch letzterer die nähere Prüfung und Überwachung des gesamten Finanzhaushaltes obliegt. (Art. 23—27 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr der eidg. Räte, vom 9. Okt. 1902. A. S. XIX, 386.)

Bedenklicher scheint es mir, in dieser Delegation für beide Räte ein und dasselbe vorbereitende Hülfsorgan zu schaffen, d. h. sie zu verpflichten, es gemeinschaftlich zu bestellen und sich nur dieses Organs zur Information zu bedienen, bestehe es nun aus Mitgliedern der Räte selbst oder aus Dritten. Es liegt m. E. im Prinzip des Zweikammersystems, dass nicht nur die Beratungen und Abstimmungen der Räte selbst, sondern auch die oft wichtigeren vorbereitenden Beratungen der Kommissionen getrennt stattfinden.

Aufnahme von Anlehen. Die B. Vers. schliesst nicht selbst den Anlehensvertrag ab; sie ermächtigt den B. R., es zu tun, sei es vor den Vertragsverhandlungen des B. R., sei es durch Genehmigung des vom B. R. vereinbarten Vertragsentwurfes, stets aber vor Abschluss des Vertrages. Der Bund wird erst verpflichtet durch den Vertragsabschluss des B. R., und zwar ist die Erklärung des B. R. für den Bund auch dann verbindlich, wenn er dazu nicht ermächtigt ist oder die Ermächtigung überschreitet. Der Darlehensgeber braucht diese Voraussetzung nicht zu prüfen.

IV, 879. St. B. V, 136 ff. Auf Grund dieser Botschaft wurde die Frage einlässlich in den eidg. Räten erörtert und nach Antrag des B. R. in abweisendem Sinne entschieden. St. B. XI, 265—303; 537—599. *Salis*, I, Nr. 194. Es herrschte in den Räten namentlich Unklarheit über den Begriff und die Möglichkeit einer *materiellen* Finanzkontrolle.

[1] Vgl. das Votum *Amsler*, St B. XI, 279.

Die B. Vers. ist berechtigt, nicht nur den Betrag des Anleihens, sondern auch alle rechtlichen Modalitäten desselben festzusetzen, denn das eine ist vom andern nicht zu trennen. Die B. Vers. kann daher Zinsfuss, Rückzahlung und Amortisation, Emissionskurs, Grösse der Abschnitte, Stellung der Scheine auf Namen oder auf den Inhaber u. a. m. bestimmen (B. Bl. 1878, II, 1085; *Salis*, III, Nr. 1377); sie kann aber auch den B. R. ermächtigen, die näheren Bedingungen des Anleihens selbst zu bestimmen; die B. B. vom 23. Juni 1877 (A. S., III, 120), 29. Jan. 1892 (A. S., XII, 502) und 22. Dez. 1893 (A. S., XIII, 1011) z. B. bestimmen nur den Betrag des Anlehens und überlassen es dem B. R., den Zinsfuss zu vereinbaren, während in andern B. B. der Zinsfuss festgesetzt ist, aber ohne die weiteren Bedingungen, vgl. A. S., IX, 303; XV, 611; XVII, 229. Besonders ausführlich wurden 1880 die Bedingungen des Anleihens von 35 Millionen bestimmt durch B. B. vom 9. Januar 1880 (A. S., V, 1).

Mit Recht wurde bei der Ausgabe der eidg. *Eisenbahnrente* die Ausgabe von Rententiteln der Aufnahme eines Anlehens in bezug auf Art. 85, Ziff. 10, B. V. gleichgestellt, obschon der Rentenvertrag zivilrechtlich kein Darlehen ist. B. B. betr. Ankauf von Prioritätsaktien der Jura-Simplon-Bahn, vom 27. Juni 1890 (A. S., XI, 711). *Salis*, III, Nr. 1379.

Der B. R. bedarf der Ermächtigung der B. Vers. auch zur *Konversion* bestehender Anlehen, wenn dadurch die von der B. Vers. aufgestellten Bedingungen des ursprünglichen Anlehens verändert werden; ebenso zur *Garantie* der Rückzahlung des durch einen anderen als Hauptschuldner aufgenommenen Anleihens. B. B. betr. Übernahme der Garantie für das Simplonanleihen der Jura-Simplon-Bahngesellschaft durch den Bund, vom 29. Dez. 1897 (A. S., XVI, 695). *Salis*, III, Nr. 1378, Ziff. 1.

Die B. Vers. kann dem B. R. auch vorschreiben, zu welchem Zweck das Anleihen zu verwenden ist, vgl. B. B. vom 29. Januar 1892 und die verschiedenen Eisenbahnanleihen.

Betr. die Form, in der die Ermächtigung zu erteilen ist, vgl. Art. *89*. Gesetzliche Bestimmungen bestehen keine ausser Art. 7 des Eisenbahnrückkaufgesetzes vom 15. Okt. 1897, welcher aber die Genehmigung der Anleihensoperationen und des Amortisationsplanes der B. Vers. vorbehält. *Salis*, III, S. 717.

Ziff. 11. *a.* **Oberaufsicht über die eidgenössische Verwaltung.**

Das Oberaufsichtsrecht über die Verwaltung umfasst das Recht, vom B. R., der für die gesamte Verwaltung der B. Vers. gegenüber verantwortlich ist (vgl. indessen Art. *95*), Berichterstattung zu verlangen und an seiner Verwaltung Kritik zu üben, was die politische Verantwortlickeit des B. R. ausmacht, und ihm für die Zukunft Weisungen zu erteilen (vgl. oben Art. 71). Der B. R. erstattet regelmässig Bericht über seine ganze Verwaltung in seinem jährlichen Geschäftsbericht und in seiner Rechnung (Art. 85, Ziff. 10; Art. 102, Ziff. 16); er kann ausserdem durch die B. Vers. oder eine Abteilung derselben zu besonderen Berichten aufgefordert werden und er kann durch jedes Mitglied der B. Vers. interpelliert, d. h. ohne vorgängigen Beschluss der B. Vers. verpflichtet werden, über «jeden die Angelegenheiten des Bundes betreffenden Gegenstand» Auskunft zu geben. Die B. Vers. kann aber kraft ihres Aufsichtsrechtes nicht selber Verwaltungshandlungen vornehmen, oder die Verwaltungs-

verfügungen des B. R. aufheben oder abändern, auch nicht auf Beschwerde hin, vgl. Art. *71* und *95*. *Salis*, II, S. 14. Bericht des B. R. vom 28. März 1901 i. S. der Hauptreparaturwerkstätten der N. O. B. (B. Bl. 1901, II, 829; ähnlich: B. Bl. 1901, IV, 1202; 1902, II, 889; 1864, II, 96). Art. 22 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr der eidg. Räte, vom 9. Okt. 1902[1]).

b. Das **Oberaufsichtsrecht über die eidgenössische Rechtspflege** gewährt der B. Vers. ein Recht der Erkundigung, der Kritik und auch in beschränktem Mass des Einschreitens, aber kein Recht zur Rechtsprechung; die B. Vers. kann weder eine Entscheidung noch irgend eine kompetenterweise vollzogene Amtshandlung des B. Ger. abändern[2]). Die B. Vers. kann anlässich eines einzelnen Falles nur dann eine Verfügung treffen, wenn das B. Ger. das Recht verweigert, d. h. gar keine Entscheidung trifft. Lehnt das B. Ger. in einer Entscheidung seine Zuständigkeit ab, so ist möglicherweise der Kompetenzkonflikt gegeben.

Wie weit das Recht der Kritik der B. Vers. in bezug auf die Geschäftsführung des B. Ger. geht, ist nicht leicht zu sagen. Spricht man der B. Vers. jede Befugnis, die Geschäftsführung des B. Ger. zu kritisieren, ab, so hat die Erstattung jährlicher Geschäftsberichte und die Genehmigung der Geschäftsführung[3]) keinen Sinn und das Oberaufsichtsrecht schrumpft auf beinahe nichts zusammen. M. E. ist das B. Ger. vollkommen unabhängig in der Auslegung der Gesetze, materiellrechtlichen wie formellrechtlichen Inhalts[4]), z. B. der Normen seiner Zuständigkeit, der Fall des Kompetenzkonflikts vorbehalten; die B. Vers. soll sich daher darüber nicht aussprechen, ob die Auslegung, zu welcher sich das B. Ger. bekennt, richtig ist oder nicht[5]). Sie kann aber, ohne auf diese Frage einzutreten, die geschäftliche Erledigung, auch einzelner Fälle, kritisieren,

[1]) In der Revisionskommission von 1848 wurde bemerkt, da jedes Mitglied das Interpellationsrecht habe, sei es unnötig, vorzuschreiben, dass der B. R. auch bei ausserordentlichem Zusammentritt der B. Vers. über gewisse Gegenstände Rechenschaft erteilen müsse

[2]) Vgl. Art. 47 des O. G.; und den Kommentar dazu von *Reichel*, S. 40. In der Tagsatzung wurde 1848 zum Antrag, auch die Mitglieder des B. Ger. verantwortlich zu erklären, bemerkt, die Trennung der Gewalten gehe nicht so weit, dass nicht in gewissen ausserordentlichen und wichtigen Fällen b. ger. Urteile von der B. Vers. kassiert oder abgeändert werden könnten; darauf wurde aber entgegnet, die Richter könnten allerdings insofern zur Rechenschaft gezogen werden, als sie sich der Nachlässigkeit in der Amtsführung oder gar der Bestechung schuldig machten; hingegen könne niemals der Sinn walten, dass die B. Vers. auch auf das Materielle der Erkenntnisse eingehen dürfe. Absch. 1847, IV, S. 140.

[3]) Das ständige B. Ger. erklärte in seinem ersten Geschäftsbericht für 1875, B. Bl. 1876, II, 721, die verschiedenen Streitigkeiten und Rechtsfragen nicht auseinandersetzen zu wollen, verwies aber die B. Vers. auf die A. S. der b. ger. Entscheidungen. Die Geschäftsberichte enthalten in der Tat nur selten die Darstellung einzelner Rechtsfälle oder grundsätzlicher Fragen der Rechtsprechung, vgl. a. a. O., S. 722; 1877, II, 675, 677; 1879, II, 130, sie beschränken sich bezüglich der Rechtsprechung selbst auf statistische und geschäftliche Mitteilungen; letztere z. B. im Gesch. Ber. für 1903, B. Bl. 1904, II, 646.

[4]) Die N. R. K. kritisierte anlässlich des Geschäftsberichts für 1877 die vom B. Ger. dem Art. 49, Abs. 2, O. G. gegebene Auslegung, worauf das B. Ger. im folgenden Jahr antwortete, B. Bl. 1879, II, 130. Vgl. 1880, II, 874.

[5]) Die St. R. K. verlangte anlässlich des Gesch. Ber. von 1880, dass die Parteien beim schriftlichen Verfahren vom Tage, wo das Urteil gesprochen wird, in Kenntnis gesetzt werden, B. Bl. 1881, II, 936; die B. Vers. nahm den Antrag nicht an, B. Bl. 1882, II, 693. Betr. Auferlegung der Kosten St. R. K., B. Bl. 1881, II, 935, vgl. 1882, II, 695. Durch B. B. vom 29. Juli 1857 (A. S., III, 576) wurde das B. Ger. eingeladen, auf beförderliche Erledigung des seit dem 1. März 1852 anhängigen Prozesses zwischen Basellandschaft und Baselstadt ernstlich Bedacht zu nehmen.

z. B. die ungebührliche Verzögerung der Entscheidung oder das mangelhafte Studium des Falles; sie kann z. B. aussetzen, dass ein Urteil nicht motiviert, dass erhebliche Parteivorbringen nicht berücksichtigt seien, wogegen sich das B. Ger. wieder auf die grundsätzlich verschiedene Auffassung, die es von seinen gesetzlichen Pflichten habe, berufen kann[1]). Schon diese Erwägung, noch mehr aber die Wahrung des Ansehens des B. Ger. legen der B. Vers. die Pflicht grosser Zurückhaltung in der Ausübung solcher Kritik auf.

Die B. Vers. sollte sich konsequenterweise auch gegenüber dem B. R. als rechtsprechender Behörde diese Zurückhaltung auferlegen; es ist aber Übung, die Rekursentscheide des B. R. wie seine übrige Geschäftsführung einer materiellen Kritik zu unterziehen. Vgl. *Ullmer,* II, Nr. 938, S. 261, und der B. R. legt auch in seinen Geschäftsberichten bereitwillig Rechenschaft ab über das Materielle seiner Rechtsprechung. Bericht des B. R. vom 28. Mai 1901 betr. die Hauptreparaturwerkstätten der N. O. B. und den Rekurs der Zürcher Behörden (B. Bl. 1901, II, 830; *Salis,* II, Nr. 275; vgl. 267, S. 6). *Ullmer,* II, Nr. 938, S. 261.

Die B. Vers. kann kraft ihres Aufsichtsrechtes m. E. auch unfähige Richter, z. B. wegen geistiger oder körperlicher Gebrechen des Amtes entheben, definitiv oder auf so lange, bis die Unfähigkeit gehoben ist; denn es muss irgend eine Behörde geben, die dazu kompetent sei.

Dagegen hat nach geltendem Recht die B. Vers. gegenüber dem B. Ger. so wenig wie gegenüber dem B. R. eine eigentliche Disziplinargewalt, vgl. das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dez. 1850, Art. 18—36 und Art. 37; die Amtsenthebung darf also nicht als Disziplinarstrafe angewendet werden. Vgl. O. G. Art. 37, Abs. 4; Art. 9.

Den Beteiligten kann nicht verwehrt werden, die B. Vers. zu ersuchen, ihr Aufsichtsrecht zur Hebung eines Mangels geltend zu machen; ein Rechtsmittel haben sie aber nicht, auch nicht wegen Rechtsverweigerung; ihre Beschwerde ist weder die prozessualische Weiterziehung des beim B. Ger. hängigen Falles, noch ein besonderer staatsrechtlicher Rekurs, sondern rechtlich eine blosse Anzeige oder eine Petition. Betr. die Aufsicht über die eidg. Schätzungskommission und über den Liquidator einer in Zwangsliquidation befindlichen Eisenbahn oder Emissionsbank vgl. Art. 28 des Expropriationsgesetzes vom 1. Mai 1850, Art. 20 des B. Ges. über die Verpfändung und Zwangsliquidation von Eisenbahnen vom 24. Juni 1874 und Art. 33 des Banknotengesetzes vom 8. März 1881.

Ziffer 12. Die B. Vers. übt durch **Entscheidung von Administrativstreitigkeiten** eine Funktion der Verwaltungsrechtspflege aus; sie kann daher die Entscheidung nicht aus Opportunitätsgründen verschieben, wie die St. R. K. im Falle Dürnten behauptete (B. Bl. 1876, I, 975, 437), noch, anstatt zu entscheiden, Vermittlungsversuche durch den B. R. anordnen, wie es im Mariahilfrekurs geschehen durch Beschluss der Räte vom 11. Dez. 1885 und Beschluss des N. R. vom 25. Juni 1886 (B. Bl. 1886, II, 857; III, 935). Vgl. Art. *102, Ziff. 2, Art. 113,* und O. G. vom 22. März 1893, Art. 189—196.

---

[1]) *Blumer-Morel,* III, 62, bemerkt zutreffend, dass der B. Vers., wenn sie mit der Auslegung des B. Ger. nicht einig geht, nichts anderes übrig bleibt, als die betr. Verfassungs- oder Gesetzesbestimmung zu revidieren.

Ziffer 13. Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden.

Die Bundesbehörden, zwischen denen die Kompetenz streitig sein kann, sind zunächst der B. R. und das B. Ger. Entsteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen dem B. Ger. und einer untergeordneten Verwaltungsbehörde, so muss diese, wenn sie die Kompetenz des B. Ger. nicht anerkennen will, einen Beschluss des B. R. provozieren und es ihm anheimstellen, ob er vor der B. Vers. den Kompetenzkonflikt erheben wolle.

Es wäre auch ein Kompetenzkonflikt denkbar zwischen der B. Vers. und dem B. Ger., z. B. bezüglich der Entscheidung von Administrativstreitigkeiten, oder zwischen der B. Vers. und dem B. R. bezüglich der Entscheidung von Verwaltungssachen.

Die Entscheidung der vereinigten B. Vers. (Art. 86) braucht nicht notwendig gleich auszufallen wie die der getrennt beratenden beiden Räte. Indessen wäre die Abweichung überall da das Resultat der zufälligen Zusammensetzung der Räte, wo sich diese über eine Entscheidung in der Sache selbst einigen konnten, wo also sowohl im N. R. wie im St. R. eine Mehrheit für Bejahung der Kompetenz der B. Vers. bestand, die sich auch in der vereinigten B. Vers. wiederfinden müsste. Da aber nicht anzunehmen ist, dass die B. V. auf den Zufall der jeweiligen Zusammensetzung der eidg. Räte abstellen wollte, ist die Zulässigkeit eines Kompetenzkonfliktes in diesem Falle zu verneinen. Im anderen Falle aber, wo sich die Räte über einen Entscheid in der Sache selbst nicht einigen können, besteht kein praktisches Interesse an der Erhebung des Kompetenzkonflikts, weil ein Beschluss der B. Vers. nicht zustande gekommen ist. *Blumer-Morel,* III, 79 f.

Der Kompetenzkonflikt kann bei der B. Vers. erhoben werden durch den B. R., wenn er glaubt, dass das B. Ger. seine Kompetenz überschreite; das B. Ger. dagegen kann es nicht von sich aus, wenn es mit der Sache nicht befasst worden ist; die Partei, welche die positive oder negative Kompetenzentscheidung der Verwaltungsbehörde verneint, muss daher vorerst selbst die Sache beim B. Ger. hängig machen. Entscheidet das B. Ger. die Kompetenzfrage im gegenteiligen Sinne als der B. R., so kann es selbst den Kompetenzkonflikt erheben. Das gleiche Recht muss aber auch jeder Partei zugestanden werden, sobald widersprechende Kompetenzentscheidungen des B. R. und des B. Ger. vorliegen, und zwar nicht sowohl im Interesse der Verwaltung, welches der B. R. von sich aus genügend wahrnehmen wird, als im Interesse der Rechtspflege, das stets zugleich in Frage steht.

Fraglich kann endlich sein, in welchem Zeitpunkt der Kompetenzkonflikt erhoben werden soll. Da die zuerst angegangene Behörde nicht stets wissen kann, ob später ein Kompetenzkonflikt erhoben werden wird, muss sie in der Sache selbst entscheiden; die in zweiter Linie angegangene Behörde dagegen soll sich zunächst nur über ihre Kompetenz aussprechen, wenn sie darüber anderer Meinung ist als die erst angegangene Behörde. Nur so lassen sich zwei widersprechende Entscheidungen in der Sache selbst vermeiden, wo sich die Kompetenzfrage überhaupt von der materiellen trennen lässt.

Dieser Fall wird indessen heute selten eintreten, da Art. 194 O. G. vorschreibt, dass, wenn beim B. R. ober beim B. Ger. Zweifel darüber bestehen, ob die Beurteilung einer Beschwerde in seine eigene Zuständig-

keit oder in die der andern Behörde falle, vor der Entscheidung in der Sache selbst ein Meinungsaustausch zwischen beiden Behörden über die Kompetenzfrage stattfinden soll. Einigen sich die Behörden nicht, so kann der Kompetenzkonflikt erhoben werden. Das gleiche Verfahren tritt ein, wenn eine Sache gleichzeitig beim B. Ger. und beim B. R. anhängig gemacht wird.

Über die Schwierigkeit, die Kompetenzfrage von der materiellen Frage zu trennen vgl. Art. *113, Ziff. 1,* und *Salis,* I, Nr. 244.

Ziffer 14. Vgl. Art. *118—123.*

Art. 86.

Die beiden Räte versammeln sich jährlich einmal zur ordentlichen Sitzung an einem durch das Reglement festzusetzenden Tag.

Sie werden ausserordentlich einberufen durch Beschluss des Bundesrates, oder wenn ein Vierteil der Mitglieder des Nationalrates oder fünf Kantone es verlangen.

Die Bestimmung wurde durch die *Revisionskommission von 1848* in zweiter Beratung in heutiger Fassung aufgestellt und in allen späteren Verhandlungen beibehalten[1]. Art. 29 der *Mediationsverfassung* schrieb vor, dass sich die Tagsatzung am ersten Montag im Juni versammle, mit dem Beifügen, dass sich ihre Sitzungszeit nicht über einen Monat hinaus erstrecken könne; § VIII des *Bundesvertrages,* dass sie sich ordentlicherweise alle Jahre am ersten Montag im Heumonat versammle, was auch unter der B. V. von 1848 bis zum B. B. vom 17. Dez. 1873 (A. S., XI, 434) so gehalten wurde, von wo an die Sommersession auf den ersten Montag im Juni verlegt wurde.

Die Bedeutung des 1. Absatzes ist nicht die, dass sich die eidg. Räte jährlich nur einmal ordentlicherweise versammeln dürfen, sondern dass sie sich jährlich wenigstens einmal ohne besondere Einberufung versammeln sollen; es bedurfte daher nicht der künstlichen Teilung der einen ordentlichen Session in zwei Abteilungen, wie sie der B. B. vom 22. Dez. 1863 (A. S., VIII, 21) und das B. Ges. über den Geschäftsverkehr zwischen dem N. R., dem St. R. und dem B. R. etc. vom 9. Okt. 1902, Art. 1, vornahmen, um die zweite ordentliche Session zu rechtfertigen. Das Datum der Versammlung zur 1. Abteilung der ordentlichen Session ist durch letztzitierte Bestimmung auf den ersten Montag des Monats Dezember, dasjenige der 2. Abteilung auf den ersten Montag des Monats Juni festgesetzt.

Der 2. Absatz gewährt den Mitgliedern des St. R. kein Einberufungsrecht; dieses Recht haben aber fünf Kantone, gleich wie nach § VIII

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 124—125, 158. Absch. 1847, IV, S. 119—120, 275.

des Bundesvertrages von 1815, wo die Tagsatzungsabgeordneten Vertreter der Kantone waren; vgl. Art. 30 der Mediationsverfassung.

Das Einberufungsrecht wird in den meisten Kantonen laut kantonalem Verfassungsrecht namens des Kantons ausgeübt durch die gesetzgebende Behörde, in einigen Kantonen mit Vorbehalt des Referendums; in Luzern, Zug, Solothurn und Schaffhausen kann das Volk von sich aus, neben dem Grossen Rat, das Einberufungsrecht ausüben [1].

Wie es der Wortlaut des 2. Abs. andeutet, beruft der B. R. die B. Vers. ein; an ihn haben die Mitglieder des N. R. und die Kantone das Verlangen um Einberufung zu stellen.

Seit 1848 haben m. W. die Kantone noch nie Gebrauch von ihrem Einberufungsrecht gemacht. Auf Begehren 1/4 der Mitglieder des N. R. wurde die B. Vers. zur ausserordentlichen Session vom Juli 1891 einberufen, um von neuem über die Revision des Banknotenartikels der B. V. zu beraten. *Salis,* I, Nr. 181. Die B. Vers. wurde mehrmals ausserordentlicherweise durch den B. R. einberufen.

Art. 87.

Um gültig verhandeln zu können, ist die Anwesenheit der absoluten Mehrheit der Mitglieder des betreffenden Rates erforderlich.

Unter der *Mediationsverfassung* und dem *Bundesvertrag* bedurfte es einer ähnlichen Bestimmung nicht, da mit der für die Beschlussfassung notwendigen Zahl von Kantonsstimmen auch das Quorum gegeben war.

Die heutige Bestimmung wurde in gleicher Fassung schon durch die *Revisionskommission von 1848* aufgestellt [2]) und seither unverändert gelassen.

Art. 87 verlangt die Mehrheit der z. Z. im Amt stehenden Mitglieder des N. R., nicht die Mehrheit der gesetzlichen Zahl der Mitglieder; die jeweilen erledigten Sitze sind daher abzuziehen, nicht aber solche Mitglieder, die aus irgend welchen Gründen verhindert sind. Unter Anwesenheit ist die Anwesenheit im Sitzungssaale zu verstehen. Das Quorum ist nicht bloss erforderlich zu Beschlussfassungen, sondern zu jeder amtlichen Verhandlung, auch wenn sie zu keinem eigentlichen Beschluss führt.

Wird verhandelt, ohne dass die absolute Mehrheit der Mitglieder anwesend wäre, so ist die Verhandlung ungültig und auch der Beschluss, der darauf gefasst würde, wenn er, wie Gesetzesbeschlüsse, eine vorgängige Beratung voraussetzt; hierüber entscheidet das Geschäftsverkehrgesetz vom 9. Oktober 1902. Über die Konstatation des Quorum vgl. Geschäftsreglement des N. R. vom 5. Juni 1903, Art. 13, 14; des St. R. vom 27. März 1903, Art. 7—9.

Art. 87 muss auch auf die vereinigte B. Vers. entsprechende Anwendung finden.

---

[1]) *Veith,* Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, Diss., Schaffhausen 1902, S. 92 ff.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 124, 158, 180, 202. Absch. 1847, IV, S. 120, 275.

Art. 88.

Im Nationalrat und Ständerat entscheidet die absolute Mehrheit der Stimmenden.

Die Entscheidung mit einfacher Mehrheit war schon die Rege unter der *Mediationsverfassung*, Art. 31, und dem *Bundesvertrag*, § VIII, Abs. 3.

Die *Revisionskommission von 1848* beschloss in erster Beratung, die Mehrheit der *Anwesenden* entscheiden zu lassen; in zweiter Beratung wurde statt « Anwesenden » « Stimmenden » gesetzt [1]).

Die Tagsatzung verwarf einen Antrag *Graubündens*, dass im St. R. die absolute Mehrheit der sämtlichen Mitglieder erforderlich sein sollte [2]). Das Wort « absolute » wurde 1874 aufgenommen, ohne dass die Protokolle es erwähnten.

Bei Abstimmungen, die nach den Geschäftsreglementen der beiden Räte durch Handaufheben, durch Aufstehen (event. mit Gegenmehr) oder durch Namensaufruf erfolgen, kann über die Zahl der Stimmenden kein Zweifel bestehen; bei Wahlen sollen nach beiden Geschäftsreglementen zur Berechnung des absoluten Mehrs die leeren und ungültigen Stimmzettel ausser Betracht fallen, wobei nicht klar ist, ob sie auch bei der Berechnung der Zahl der Stimmenden nicht in Anrechnung gebracht werden (Reglement des N. R. vom 5. Juni 1903, Art. 85; Regl. des St. R. vom 27. März 1903, Art. 68). Letzteres ist ausdrücklich erklärt im B. Ges. über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der B. V. vom 27. Januar 1892 (A. S. XII, 885), Art. 12; vgl. B. Ges. betr. die eidg. Wahlen und Abstimmungen, vom 19. Juli 1872 (A. S. X, 915), Art. 19. Nach Art. 15 des Geschäftsverkehrgesetzes vom 9. Okt. 1902 gilt das Geschäftsreglement des N. R. auch für die Verhandlungen und Wahlen der vereinigten B. Vers.

Art. 89.

Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich.

Bundesgesetze sowie allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 30,000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von acht Kantonen verlangt wird.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 124, 158, 180.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 120; 275.

I. Geschichte[1]).

Wie schon bei Art. 85 bemerkt, schlug die Mehrheit der I. Sektion der *Revisionskommission von 1848* vor, über einen Teil der Geschäfte die beiden Abteilungen der B. Vers. getrennt abstimmen zu lassen, über den anderen vereint, während die Minderheit der gleichen Sektion die Geschäfte in 3 Klassen teilte, deren erste in die Kompetenz der vereinigten B. Vers., deren zweite in diejenige des Repräsentantenrates und deren dritte in diejenige der Tagsatzung fielen. Nachdem sich aber die Kommission für das reine Zweikammersystem erklärt hatte, beschloss sie in erster Beratung, für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse sei die Zustimmung der absoluten Mehrheit der beiden Kammern erforderlich, und, als 2. Absatz: « Sofern jedoch über einen von der Volkskammer gefassten Beschluss in der Ständekammer während der Dauer der Session sich keine Mehrheit ergibt, so tritt der Beschluss der Volkskammer in Kraft. »

In zweiter Beratung erhielt der Artikel die Fassung des heutigen 1. Absatzes[2]).

In der Tagsatzung wurden verschiedene Mittel vorgeschlagen, um Konflikte zwischen beiden Kammern zu lösen; *Freiburg* schlug in erster Linie die Entscheidung durch den Präsidenten des N. R., in zweiter Linie, wie auch in anderer Form, *St. Gallen*, durch eine gemischte Kommission beider Räte vor, in dritter Linie das Vorgehen des durch eine zweite Abstimmung bestätigten Beschlusses des N. R. *Aargau* ebenso mit zweimaliger Bestätigung des N. R. *Zürich* beantragte Erledigung durch die vereinigten Räte nach erklärter Dringlichkeit. *St. Gallen* zog sein Amendement zurück, weil man allseitig damit einverstanden sei, dass bei abweichenden Ansichten die Räte durch wechselseitige Kommissionen eine Verständigung anzubahnen berechtigt seien, was in dem künftigen Geschäftsreglement näher festgesetzt werden könne. Alle anderen Abänderungsanträge wurden abgelehnt[3]).

Bei der Verfassungsrevision von 1866 machte die St. R. K. darauf aufmerksam, dass mit jeder neuen Zentralisation nicht bloss Rechte der Kantone dem Bunde, sondern auch Rechte des Volkes seinen Mandataren abgetreten werden und dass man sich vor die Frage der Erweiterung der Volksrechte in eidgenössischen Angelegenheiten gestellt sehe; nur unter der Bedingung, dass dem Volke ein Vetorecht eingeräumt würde, könne sie sich für die Vereinheitlichung des Zivil- und Strafrechts aussprechen. Ein Vorschlag zur Einführung des Vetos wurde aber nicht gemacht (B. Bl. IV, 65, III, 660).

Die langen Debatten, die bei der *Verfassungsrevision von 1872* über die Ausdehnung der Volksrechte stattfanden, können hier nicht wiedergegeben werden; die Mehrzahl der Mitglieder der eidg. Räte fühlte die Notwendigkeit, dem Volke ein Recht unmittelbarer Mitwirkung zu geben, nachdem bedeutende Gebiete der Gesetzgebung, über die das Volk in

[1]) *Blumer-Morel*, III, 8 ff.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 109, 114, 126, 158, 180.
[3]) Absch. 1847, IV, S. 121—123, 275.

den meisten Kantonen mitsprechen konnte, dem Bunde übertragen worden waren. Es erhoben sich aber gewichtige Stimmen für die Beibehaltung des einfachen Repräsentativsystems. Die Meinungen gingen stark darüber auseinander, in welcher Form dem Volk die Teilnahme an der Gesetzgebung einzuräumen sei. Die alte Form des Vetos wurde mehrfach vorgeschlagen, verlor aber im Laufe der Verhandlungen an Boden zu gunsten des Referendums. Die Initiative dagegen als Begehren um Abänderung oder Aufhebung eines B. Ges. oder B. B. oder um Erlassung solcher durch die B. Vers. erhielt die Zustimmung beider Räte, während das Finanzreferendum über «B. B. im Sinne des Art. 21 B. V., welche eine einmalige Ausgabe von zwei Millionen Franken oder eine jährliche Ausgabe von 100,000 Franken zur Folge haben», wie es der St. R. beschlossen hatte, vom N. R. bekämpft und darauf fallen gelassen wurde.

Die Frage, ob neben dem Volk auch die Stände über Referendumsgegenstände abstimmen sollen, wurde weitläufig diskutiert, und schliesslich in beiden Räten verneint; es ergab sich auch in beiden Räten eine Mehrheit für das fakultative Referendum im Gegensatz zum obligatorischen. Verschiedener Ansicht waren aber N. R. und St. R. darüber, ob die B. Vers. befugt sein solle, von sich aus einen Gegenstand dem Referendum zu unterstellen, und über die dem Referendum überhaupt zu unterstellenden Gegenstände. Gegen jene Befugnis wurde hauptsächlich geltend gemacht, die B. Vers. solle sich ihrer Verantwortung, über schwierige Gegenstände selbständig zu entscheiden, nicht durch Anrufen des Volksentscheides entledigen dürfen[1]. Was die Gegenstände des Referendums anbetrifft, so verwarf der N. R. den Antrag seiner Kommission, die Rechtsgesetze obligatorisch, die Verwaltungsgesetze nur fakultativ dem Referendum zu unterstellen; er beschloss, das Referendum auf alle Bundesgesetze anzuwenden, ausserdem aber, nach Antrag *Kaiser*[2], auch auf B. B. allgemein verbindlicher Natur. Die Mehrheit der N. R. K. erklärte in der zweiten Beratung des N. R., wo Streichung dieser Worte beantragt war, man habe darunter solche Beschlüsse verstanden, «durch welche ein für jeden Bürger bestimmtes Rechtsverhältnis begründet werde».

Schliesslich wurde dem St. R. die Streichung dieser Worte zugestanden. Die Anträge, Staatsverträge, durch welche Bestimmungen der B. V. abgeändert werden (wie diejenigen von 1864 mit Frankreich), oder solche, durch welche B. Ges. abgeändert werden, dem Referendum zu unterstellen, wurden beide abgelehnt, wohl aus dem mehrfach angeführten Grunde, weil die Schweiz durch die Verwerfung vorgeschlagener oder die Aufhebung bestehender Staatsverträge in eine schwierige Lage gegen-

---

[1]) Die im N. R. von *Scherrer* geäusserte Ansicht, die B. Vers. könne trotz Verwerfung des betr. Antrages einen Gegenstand zur Abstimmung vor das Volk bringen, ist ganz vereinzelt und entspricht sicher der Meinung der Mehrzahl nicht. Prot. des N. R. 1872, S. 598.

[2]) *Kaiser* entnahm seinen Vorschlag wohl den Entwürfen zur Solothurner Verfassung vom 12. Dez. 1875, deren § 20 dem Referendum die „allgemein verbindlichen Beschlüsse" unterstellte, vielleicht in Anlehnung an die Basellandschaftliche Verfassung vom 6. März 1863, die in § 46, Abs. 2, den gleichen Ausdruck gebrauchte, während die Solothurner Verfassung vom 1. Juni 1856 das Volk abstimmen liess über Beschlüsse, die für den Staat, die Gemeinden, Korporationen oder Bürger Verpflichtungen begründen oder Rechte entziehen, oder für dieselben Lasten enthalten.

über dem Auslande geraten könnte. Die Beschlüsse des Entwurfes vom 5. März 1872 lauteten[1]):

Art. 85. « Für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse ist die Zustimmung beider Räte erforderlich. — Bundesgesetze, sowie Bundesbeschlüsse, die nicht dringlicher Natur sind, sollen überdies dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorgelegt werden, wenn es von 50,000 stimmberechtigten Schweizerbürgern oder von fünf Kantonen verlangt wird. »

Art. 89: « Wenn 50,000 stimmberechtigte Bürger oder fünf Kantone die Abänderung oder Aufhebung eines bestehenden Bundesgesetzes oder eines Bundesbeschlusses, oder über eine bestimmte Materie die Erlassung eines neuen Bundesgesetzes oder Bundesbeschlusses anbegehren, und diesem Begehren nicht vertragsrechtliche Verpflichtungen des Bundes entgegenstehen, so haben die beiden Räte, wenn sie dem Begehren zustimmen, den einschlägigen neuen Gesetz- oder Beschlussvorschlag zu vereinbaren und dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen.

Stimmen nicht beide Räte dem Begehren zu, so ist dasselbe der Abstimmung des Volkes zu unterstellen, und wenn die Mehrheit der stimmenden Bürger dafür sich ausspricht, so haben die Räte einen entsprechenden Gesetz- oder Beschlussvorschlag aufzustellen und dem Volke zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen. »

Der B. R. nahm diesen Beschluss unverändert in seinen Entwurf vom 4. Juli 1873 auf.

Die N. R. K. schlug vor, bloss 8 Kantonen, statt 5, das Recht zu geben, eine Volksabstimmung zu verlangen. Die St. R. K. dagegen blieb bei der Zahl 5 und beantragte, bloss *allgemein verbindliche* B. B., die nicht dringlicher Natur sind, dem Referendum zu unterstellen[2]), damit man nicht etwa glaube, wie *Blumer* ausführte, es könnten auch Rekursbeschlüsse an die Abstimmung gebracht werden.

In den Räten selbst drehte sich die Diskussion weniger mehr um die Frage, ob dem Volk überhaupt ein Mitwirkungsrecht zugestanden werden solle, als um die Frage, ob das Referendum ein fakultatives oder obligatorisches sein solle, ob an der Abstimmung Volk und Kantone teilnehmen sollen, und ob neben dem Referendum noch die Initiative einzuführen sei. Die Initiative wurde in erster Beratung in beiden Räten gestrichen. Bezüglich des Referendums schlug *Brosi* im N. R. die Fassung der St. R. K. vor, die hier wie später im St. R. angenommen wurde. Eine Differenz bestand schliesslich zwischen beiden Räten nur noch in bezug auf die zum Referendumsbegehren erforderliche Zahl von Bürgern und Kantonen; der St. R. kam dem N. R. insofern entgegen, als er die Zahl der Kt. von 5 auf 8 erhöhte, der N. R. den St. R., indem er die Zahl der Bürger von 50,000 auf 30,000 herabsetzte[3]).

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 158, 165, 170, 229; der St. R. K. 1871, S. 56 ff., 106. Prot. des N. R. 1871/72, S. 414 ff., 405 f., 562, 565, 598. Prot. des St. R. vom 16., 17., 28. Febr. u. 1. März 1872; *Bulletin*, S. 408, 409 ff., 428 ff., 536, 560. Das von *Carteret* im N. R. beantragte Abberufungsrecht des Volkes wurde abgelehnt. Prot. des N. R. 1871, S. 413 f.

[2]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 45, 48 ff.; der St. R. K., S. 41 f.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 209—227, 229; 360; 272; 376; 279.

II. Auslegung.

Abs. 1. Der Satz, dass für Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse die Zustimmung beider Räte erforderlich ist, begründet, mit dem Eingangssatz von Art. 92, dass jeder Rat abgesondert verhandelt, das Zweikammersystem. Der erste Satz an sich ist klar und bedarf keiner Erläuterung. Abgesehen von den Fällen des Art. 92 erleidet er eine Ausnahme nur insofern, als nach Art. 102, letzter Absatz, der B. V. jede Abteilung der B. Vers. vom B. R. besondere Berichte verlangen kann, was in Art. 14 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr der eidg. Räte, vom 9. Okt. 1902 (A. S. XIX, 390), dadurch ausgeführt ist, dass Beschlüsse, durch welche einer der beiden Räte den B. R. einladet, Bericht und Antrag vorzulegen, der Zustimmung des andern Rates nicht bedürfen, während die Zustimmung beider Räte notwendig ist, wenn die Vorlage eines Gesetzes- oder Beschlussesentwurfes verlangt wird oder wenn dem B. R. Weisungen erteilt werden, in welchem Sinn jene Antragstellung zu erfolgen habe, oder wenn der Bundesrat zu einem bestimmten Handeln aufgefordert wird; ferner hat nach Art. 22 des gleichen Gesetzes *jedes Mitglied* der gesetzgebenden Räte, mit Unterstützung von 10 andern im N. R. und von 3 andern im St. R., das Recht, vom B. R. über jeden die Angelegenheiten des Bundes betreffenden Gegenstand Auskunft zu verlangen (Interpellation). Dass jeder Rat sich sein Geschäftsreglement selber geben kann, ist in der B. V. wohl vorausgesetzt (vgl. indessen Art. 86, Abs. 1)[1].

Abs. 2. Referendum[2]. Man heisst Referendum die staatsrechtliche Einrichtung, kraft welcher das Volk, d. h. die Gesamtheit der stimmberechtigten Bürger über die Beschlüsse der gesetzgebenden Behörde abstimmt, sei es von Rechts wegen, sei es auf Begehren einer Anzahl Bürger oder einer Behörde; ist die Abstimmung für gewisse Beschlüsse vorgeschrieben, so ist das Referendum obligatorisch; kann sie dagegen nur verlangt werden, wie im Bundesstaatsrecht, so ist es fakultativ.

Die Frage, welche Beschlüsse der B. Vers. dem Referendum unterworfen seien, bietet erhebliche Schwierigkeiten, weil der Sinn des Art. 89, Abs. 2, nicht leicht festzustellen ist und die Praxis ihn eher verdunkelt als erläutert hat.

---

[1] *H. Kaufmann,* Die Kompetenz zum Erlass der Bestimmungen über Organisation und Geschäftsgang der eidg. Behörden, als Exkurs zu: Die Verfassungsmässigkeit des Solothurnischen Kantonsrats-Reglementes etc. Solothurn, 1898, S. 12.

[2] *Blumer-Morel,* III, 8; *Hilty,* Das Referendum im schweiz. Staatsrecht, Archiv für öffentliches Recht, II, 167—219; 367—440, wo auch die z. Z. der Verfassungsrevision entstandene politische Literatur erwähnt ist; *v. Salis,* Art. „Bundesgesetzgebung" in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 665, wo die Resultate des Referendums bis 1902 aufgezeichnet sind. *Curti,* Geschichte der schweiz. Volksgesetzgebung, 1882 (namentlich in den Kantonen); *Hiestand,* Zur Lehre von den Rechtsquellen im schweiz. Staatsrecht, Diss., Zürich 1891; *Signorel,* Etude de Législation comparée sur le referendum législatif, 1896, p. 250 suiv. *N. Droz,* Etudes et Portraits politiques, 1895, 18 ff., 91 ff., 459 ff.; *Schollenberger,* Bundesstaatsrecht, 231 ff., Kommentar, S. 523 ff.; *Dubs,* II, 43; *Adams,* S. 51, 85 ff.; *Affolter,* Grundzüge, 144 ff.; *M. Warnery,* Du referendum législatif particulièrement en matière fédérale, Diss., Lausanne 1890; *Salis,* II, nº 369—377, nº 412, II, S. 234: Übersicht der Referendumsabstimmungen; *Bernatziks* Besprechung von *Salis'* Bundesrecht, 1. A., in der krit. Vierteljahrsschrift, XXXV, 1893, S. 29; Stenographischer Bericht über die Verhandlungen der schw. B. Vers. betr. die Gotthardfrage, Bern 1878; N. R., S. 649—716.

Es können kaum Zweifel darüber bestehen, welche Beschlüsse der B. Vers. dem Referendum unterliegen, nachdem sie einmal gefasst sind. Alle Bundesgesetze, gleichviel welchen Inhalts, sind in diesem Fall; sie können, wie aus dem französischen Texte der B. V. klar hervorgeht, nicht dringlich erklärt werden; die B. Vers. bestätigte diese Auslegung in Art. 1 des B. Ges. vom 17. Juni 1874 (A. S. I, 116)[1]) und in der Praxis wurde nie ein (formelles) Bundesgesetz dringlich erklärt oder dem Referendum entzogen.

Was die B. B. anbetrifft, so schreibt Art. 2 des B. Ges. vom 17. Juni 1874 vor, der Entscheid, dass ein B. B. entweder als nicht allgemein verbindlich oder als dringlich zu behandeln sei, stehe der B. Vers. zu, und es sei derselbe dem Beschlusse jeweilen ausdrücklich beizufügen.

Die Frage ist aber, welche Erlasse die B. Vers. als Bundesgesetze, welch andere sie als Bundesbeschlüsse zu bezeichnen habe, und ferner, welche Bundesbeschlüsse allgemein verbindlicher Natur seien.

A. *Beschlüsse allgemein verbindlicher Natur* sind m. E. diejenigen, welche für den einzelnen Bürger verbindliche Rechtssätze aufstellen, also ihrem Inhalte nach Gesetze sind. Für diese Auslegung spricht das Wenige, das bei den Revisionsverhandlungen zur Erläuterung dieser Worte gesagt wurde, und mehr noch der Ausdruck «allgemein verbindlich» selber. Verbindlich kann nur ein genereller oder spezieller Befehl sein, allgemein verbindlich nur ein an die Gesamtheit der Bürger, nicht an Staatsbehörden, gerichteter Befehl; und dies kann, von seltenen Fällen spezieller Anordnungen der B. Vers. abgesehen, nur ein Rechtssatz sein. Für diese Auslegung spricht auch Art. 113, Abs. 4, der B. V. selbst; B. Ges. und allgemein verbindliche Beschlüsse können für das B. Ger. nur massgebend sein, weil sie Rechtssätze aufstellen. Es ist nicht einzusehen, warum von diesem klaren Begriff, dem einzigen Klaren an dieser Bestimmung, abzuweichen wäre zu gunsten eines so unbestimmten Merkmals wie die Wichtigkeit, die grössere Tragweite eines Beschlusses. Die französische Übersetzung: arrêtés d'une portée générale, ist hier ungenau und gibt nicht den Sinn der Bestimmung wieder, wie sie 1872—74 verstanden wurde[2]).

Dem Referendum unterliegen demnach nicht Beschlüsse, welche für andere Staatsbehörden verbindliche Rechtssätze aufstellen, oder einen bestehenden Rechtssatz der einen oder andern Art auf einen konkreten Fall anwenden.

Die sog. *Finanzbeschlüsse*, wie die Bewilligung von Ausgaben, wie Subventionen, Anschaffung von Kriegsmaterial, Ausführung von eidg.

---

[1]) Botschaft des B. R. vom 29. Mai 1874, B. Bl. 1874, I, 1001; *Salis*, II, Nr. 369; gl. A.; *Blumer-Morel*, III, 20; *v. Salis*, in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I.

[2]) Ähnlich der B. R. in seiner Botschaft zur Nachsubvention für den Gotthard vom 25. Juni 1878: „eine *Regel* von allgemeiner Tragweite“, B. Bl. 1878, III, 95. *Salis*, II, Nr. 373; St. B. XIII, 612 f., Votum *Scherrer*. *Schollenberger*, Kommentar, 525, versteht unter allgemein verbindlichen Beschlüssen, Rechtsnormen organisatorischer Natur. Die Mehrheit der Redner der Gotthardtdebatte verstand darunter Beschlüsse, die eine grosse Tragweite, Bedeutung haben; die richtige Ansicht vertraten namentlich *Römer*, S. 685, und in ausgezeichneter Weise *Bützberger*, S. 694; bei letzterem ist nur die Ansicht, der Beschlussesentwurf enthalte lediglich die Genehmigung eines Staatsvertrages, anfechtbar; *Hiestand*, a. a. O., S. 31, erblickt darin Beschlüsse von grösserer Tragweite; *Blumer-Morel*, III, 22, nennt allgemein verbindlich eine allgemein zu befolgende, aber nur für einen vorübergehenden einzelnen Fall berechnete Regel; *Veith*, a. a. O., S. 96, verzichtet auf eine Definition; ähnlich *Affolter*, Grundzüge, 145.

Bauten; ferner die Ermächtigung zur Aufnahme eines Anleihens, die Aufstellung des Budgets und die Abnahme der Staatsrechnung, stellen weder einen Rechtssatz auf, noch wenden sie einen allgemein verbindlichen Rechtssatz auf einen besonderen Fall an; sie wenden einen lediglich im Verhältnis der Behörden unter sich geltenden, daher nicht allgemein verbindlichen Rechtssatz auf einen besonderen Fall an und sind daher nicht referendumspflichtig, welches immer ihre finanzielle Tragweite sei; das Finanzreferendum wurde 1872 abgelehnt. Die Praxis entspricht allerdings dieser Auffassung der Allgemeinverbindlichkeit nicht; es wäre aber schwer zu sagen, welcher grundsätzlichen Auffassung sie gefolgt ist. In bezug auf Finanzbeschlüsse wurden eine grosse Anzahl solcher allgemein verbindlich oder, umgekehrt, dringlich erklärt, offenbar gerade wegen ihrer finanziellen Tragweite; andere aber wiederum, nicht minder wichtige, wurden sofort vollzogen; es wurden allgemein verbindlich (oder dringlich) erklärt u. A.: B. B. vom 14. Dez. 1875, betr. Erweiterung des Waffenplatzes in Thun (A. S. II, 47; ähnlich: III, 442; V, 272); ebenso wurde verfahren bei der Erwerbung von Liegenschaften zu Zwecken der Post- oder Militärverwaltung oder anderem (vgl. A. S. II, 362 f.); ferner B. B. vom 12. Juni 1877 betr. Beschaffung von Material für Gebirgsartillerie (A. S. III, 98); B. B. betr. Kriegsbereitschaft der schweiz. Armee, vom 9. Januar 1892 (A. S. XII, 502), enthaltend Kreditbewilligung und Ermächtigung zur Aufnahme eines Anleihens (dringlich erklärt); B. B. vom 21. Juni 1877 betr. Kreditbegehren (A. S. III, 207): B. B. vom 3. Juni 1877 betr. Aufnahme eines Anleihens durch Ausgabe von Kassascheinen zur vorläufigen Deckung von Rechnungsdefiziten (A. S. III, 120: vgl. 450). Eine ganze Anzahl B. B betr. Kreditbewilligungen zu militärischen Zwecken wurden dringlich erklärt, die man offenbar nicht als allgemein verbindlicher Natur ansah, gewissermassen zum Überfluss (vgl. A. S. XII, 502; XIII, 448—1003; XIV, 698; XV, 140; XVI, 424; XVIII, 90), was auch dadurch bestätigt wird, dass andere ähnliche Beschlüsse als nicht allgemein verbindlicher Natur *und* dringlich erklärt wurden (vgl. A. S. XVII, 232; XVIII, 102). Richtig wurden der B. B. vom 10. Dez. 1889 (A. S. XI, 335) betr. Krediterteilung für Anschaffung des Repetiergewehres, Modell 1889 (17½ Millionen), und der B. B. vom 23. Juni 1903 (A. S. XIX, 650) betr. Neubewaffnung der Feldartillerie (21,7 Millionen) trotz ihrer finanziellen Bedeutung als nicht allgemein verbindlich erklärt[1]. Der Nationalrat sprach sich 1878 grundsätzlich für die Allgemeinverbindlichkeit von Subventionsbeschlüssen grösseren Betrages aus, indem er nach langer Debatte dem Gotthardunternehmen durch B. B. eine Nachsubvention gewährte, und diesen B. B. dem Referendum unterstellte, z. T. allerdings auch, weil der Beschluss von prinzipieller Tragweite sei; die St. R. K. hob die Kontroverse auf, indem sie den Beschluss in Gesetzesform kleidete; als B. *Gesetz* betr. die Gewährleistung von Subsidien für Alpenbahnen, vom

---

[1]) Nicht immer ohne Widerspruch; vgl. den letztzitierten B. B., St. B. XIII, 606. Der Widerspruch kam namentlich daher, weil die Minderheit behauptete, die Neubewaffnung bedinge notwendig eine Änderung der M. O. bezw. einer der ihr beigegebenen Tabellen; dass dieses Gesetz nicht im Wortlaut abgeändert werden könne, ohne Referendum, wurde allseitig anerkannt. Um den Bedenken der Minderheit Rechnung zu tragen, hätte der Bundesrat beauftragt werden können, mit der Ausgabe zu warten, bis die M. O. in einem dem Referendum unterstellten Beschlusse der B. Vers. abgeändert worden wäre. Prot. des N. R. vom 16. und 17. Juni 1903.

22. Aug. 1878, erhielt er die Zustimmung der B. Vers.[1]). Im ganzen kann aber durch die seitherige Praxis die Frage als im andern Sinne gelöst gelten. *Salis,* II, Nr. 374, 375 (vgl. Art. 4 des Rückkaufsgesetzes vom 15. Okt. 1897 und die Diskussion darüber im St. B. VII, 470—498; 1246 bis 1259). Von Anfang an wurden die B. B. über das Budget, die Nachtragskredite und die Abnahme der Rechnung dem Referendum entzogen.

Beschlüsse über die *Organisation einer Behörde* enthalten Rechtssätze, die nur für andere Behörden verbindlich sind, nicht aber für die einzelnen Bürger, sofern sie nicht die Amtsbefugnisse der Behörde gegenüber Privatpersonen bestimmen. Sie sind daher auch nicht allgemein verbindlich i. S. der B. V.; sie wurden indessen in der Regel dem Referendum unterstellt, wenn sie nicht geradezu in Gesetzesform gefasst wurden. Vgl. B. B. vom 21. März 1877 betr. den Bestand und die Organisation des Lazaretttrains (A. S. III, 128); B. B. vom 2. Juli 1880 betr. Errichtung einer Ingenieurstelle (A. S. V, 236; ähnlich I, 361; XIII, 1009; XIV, 259, 261, 265). Aber auch hier nicht konsequent; es wurden z. B. nicht allgemein verbindlich erklärt: B. B. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R. vom 21. Aug. 1878 (A. S. III, 480); B. B. vom 2. April 1883 betr. die Stellung des Oberkriegskommissärs (A. S. VII, 86; vgl. ferner VII, 310, 767; XI, 697).

Grundsätzliche Beschlüsse über das *Verhältnis von Bund und Kantonen* können weder als allgemein verbindliche im obigen Sinn, noch als eigentliche Verwaltungsbeschlüsse betrachtet werden, da sie nicht bloss das Verhältnis zweier Behörden eines und desselben Staates regeln, sondern zweier Staaten zu einander. Es kann fraglich erscheinen, ob es der Natur des Bundesstaates nicht entspricht, dass solche Beschlüsse dem Referendum unterstellt werden; m. E. ist am Begriffe der Allgemeinverbindlichkeit festzuhalten und das Referendum nicht zu verlangen.

Die Praxis folgt auch hier keiner festen Regel; Beschlüsse, die in Ausführung bestehender Gesetze gefasst werden, wie die Festsetzung der Entschädigung der Kantone für Ausrüstung der Rekruten (Art. 146 M. O.) bedürfen sicher einer neuen Sanktion durch das Referendum nicht. Vgl. A. S. X, 96; XIV, 700; dagegen: I, 447, III, 74; B. *Gesetz* betr. Vornahme einer Volkszählung, vom 29. April 1887, in Ausführung des B. Ges. vom 3. Febr. 1860 (A. S. VI, 452), vgl. *Salis,* II, Nr. 376. Das Referendum wäre aber begreiflich bei Beschlüssen, die neue Grundsätze darüber aufstellen, z. B. B. B. betr. Massnahmen gegen die Reblaus (und Entschädigungen an die Kantone zu diesem Zweck), vom 15. Juni 1877 (A. S. III, 102; vgl. VIII, 103); dahin wären auch zu rechnen B. B., durch welche der Bund grundsätzlich seine Tätigkeit oder Fürsorge auf ein neues Gebiet ausdehnt, das bisher den Kantonen überlassen war, sei es durch Organisation eines neuen Verwaltungszweiges, sei es durch finanzielle Unterstützung; solche Beschlüsse wurden bald als referendumspflichtig anerkannt, bald nicht. Desgleichen, wenn zur Förderung eines vom Bunde bereits anerkannten Zweckes eine neue Anstalt errichtet wurde[2]). Die B. B. betr. die Förderung der Landwirtschaft durch

---

[1]) *Salis,* II, Nr. 373. Stenograph. Bericht, N. R., S. 678, 686, 700.

[2]) Vgl. B. *Gesetz* über die schweiz. meteorologische Zentralanstalt, vom 27. Juni 1901, A. S. XVIII, 786; B. *Gesetz* betr. Organisation der Bureauabteilung für Handelsstatistik, vom 22. Dez. 1886, A. S. X, 56.

den Bund, vom 27. Juni 1884 (A. S. VII, 605) und betr. die gewerbliche und industrielle Berufsbildung, gl. D. *(ibid.* 618), wurden dem Referendum unterstellt; ebenso: A. S. VIII, 154: forstliche Versuchsanstalten (vgl. ibid. 156); X, 579: Förderung und Hebung der schweiz. Kunst; XI, 690: Errichtung des Landesmuseums; XIV, 435: Errichtung der Landesbibliothek; XV, 448: Bildung des weiblichen Geschlechtes; XIII, 326: Bundesbeiträge an die Besoldung der kant. Forstbeamten; während die folgenden dem Referendum nicht unterlagen: A. S. XI, 55: Förderung der Hagelversicherung; XII, 148: Förderung der kommerziellen Bildung; XIV, 227: Erstellung einer Schulwandkarte; XVIII, 92: Erstellung einer landw. Versuchsanstalt (vgl. XIX, 107). — Die *Gewährleistung der kantonalen Verfassungen* wurde von vornherein als ein nicht allgemein verbindlicher Beschluss behandelt, mit Recht, da sie nur die Anwendung gegebener Grundsätze (Art. 6 B. V.) auf einen besonderen Fall ist. Desgleichen der Beschluss der B. Vers. über Erlass der Interventionskosten. St. B. II, 370—371.

Darüber herrscht Übereinstimmung in Theorie und Praxis, dass Beschlüsse über Genehmigung von *Staatsverträgen* nicht als allgemein verbindliche i. S. der B. V. zu behandeln sind, trotzdem sie mittelbar eine Abänderung der Gesetze bewirken können. Vgl. die Fassung von Art. 113, Abs. 2, B. V. *Salis,* II, Nr. 415 ff.

Infolge der weiten Auslegung, die in der Praxis den Worten «allgemein verbindlich» gegeben wurde, musste mancher Beschluss «dringlich» erklärt werden, der kaum dringlich war, den man aber dem Referendum nicht unterstellen wollte. Vgl. z. B. Beschlüsse betr. Einführung eines neuen Exerzierreglementes: A. S. II, 117; Erweiterung von Waffenplätzen, II, 47; III, 442; IV, 272; Verwendung von Ordnungsbussen, IV, 419; Errichtung einer Buchhalterstelle und eines Revisionsbureaus in der Militärverwaltung, XIV, 259, 261. Vgl. Verhandlungen betr. die Gotthardfrage, N. R. S. 691 (Votum *Römer).*

b. Wenn die B. V. mit genügender Deutlichkeit das unterscheidende Merkmal des allgemein verbindlichen Beschlusses angibt im Gegensatz zum nicht allgemein verbindlichen Beschluss, so enthält sie dagegen gar keine Andeutung darüber, welche Beschlüsse in Form *eines Gesetzes* gefasst werden sollen, und für welche die *Form eines Bundesbeschlusses* genügt[1]. Die Frage hat für die Form und den Gang der Beratung vor den eidg. Räten selbst keine Bedeutung, wohl aber für das weitere Verfahren; wenn ein Erlass als Gesetz bezeichnet wird, unterliegt er dem Referendum unbedingt; wird er dagegen bloss als Beschluss bezeichnet, so kann er dringlich erklärt werden oder unterliegt dem Referendum überhaupt nicht, je nach seinem Inhalt. Soll aber ein B. B. allgemein verbindlich und nicht dringlich erklärt, d. h. dem Referendum unterstellt werden, so ist es staatsrechtlich gleichgültig, ob man ihn Gesetz oder B. B. benenne (unrichtig z. B. St. B. VII, 479; vgl. B. Bl. 1860, I, 311; *Salis,* I, S. 511, Note 2).

---

[1]) Unter der B. V. von 1848 hatte die Frage keine rechtliche Bedeutung, da B. Ges. und B. B. auf gleiche Weise zustande kamen und folglich auch die gleiche formelle Autorität besassen. A. A. die St. R. K. im Falle der Abänderung des B. Ges. über die Organisation u. den Geschäftsgang des B. R., vom 16. Mai 1849, durch B. B. B. Bl. 1860, I, 309 ff.; ebenso *H. Kaufmann,* a. a. O. S. 9. Es können daher auch ohne Inkorrektheit die unter der B. V. von 1848 entstandene B. Ges. heute durch B. B. abgeändert werden. wenn der Vergleich überhaupt zulässig ist.

M. E. soll nach Art. 89 die Regel sein, dass Rechtssätze, die den einzelnen Bürger verpflichten, m. a. W. Gesetze im materiellen Sinn des Wortes, auch in der Form von Gesetzen aufgestellt werden. Der konstituierenden Versammlung von 1874 konnte aber nicht entgehen, dass von 1848—1874 manche allgemein verbindliche Norm durch blossen B. B. aufgestellt worden war, und deshalb wurden auch den eigentlichen Gesetzen die allgemein verbindlichen B. B. an die Seite gestellt. Wenn es aber nicht ganz in das Belieben der B. Vers. gestellt sein soll, welche materiellen Gesetze referendumspflichtig seien und welche nicht, was sicher nicht die Absicht der Verfassung ist, so ist anzunehmen, dass die Gesetzesform die Regel, die Beschlussesform die Ausnahme sein soll, und dass die Ausnahme zulässig ist bei Rechtssätzen, die für die Gesamtheit der Bürger von untergeordnetem Interesse sind. Die Ausnahme rechtfertigt sich auch dadurch, dass ein B. B. oft neben allgemein verbindlichen Rechtsvorschriften andere enthält, die sich von jenen nicht trennen lassen; und m. E. soll ein allgemein verbindlicher B. B. nicht dringlich erklärt werden, weil das Inkrafttreten der Rechtsnormen, die er enthält, keinen Aufschub erleidet, sondern nur, weil die übrigen Bestimmungen sofort in Kraft gesetzt werden müssen. Die Dringlichkeitsklausel soll nicht dazu dienen, Vorschriften dem Referendum zu entziehen, die ihm ihrer Natur nach unterliegen. Es ist daher auch unzulässig, Rechtssätze, die der Gesetzesform bedürfen, *provisorisch* durch einen B. B. aufzustellen und diesen dringlich zu erklären; denn wenn das spätere B. Ges. vom Volk verworfen wird, so bleibt es bei dem in der Hauptsache gleichlautenden B. B., das Gesetz selber wird also bloss der Form, nicht dem Inhalt nach dem Referendum unterstellt. Vgl. B. B. betr. die Organisation der Verteidigung der Gotthardbefestigung, vom 20. Dez. 1893 (A. S. XIII, 1009) und B. Ges. vom 13. April 1894 über den gleichen Gegenstand (A. S. XIV, 362); B. B. betr. die provisorische Organisation der Verwaltung u. Verteidigung der Befestigungen in St. Maurice (A. S. XIV, 265)[1]. Wird dagegen der provisorische B. B. nur unter der resolutiven Bedingung in Kraft erklärt, dass das spätere B. Ges. über den gleichen Gegenstand dem Referendum nicht unterliege, wie es beim B. B. betr. provisorische Anwendung des B. Ges. vom 20. Juni 1879 über Erhöhung einzelner Zollansätze, vom 20. Juni 1879 (A. S. IV, 207; vgl. III, 452) der Fall war, so ist nicht sowohl das Institut des Referendums als der Grundsatz der Nichtrückwirkbarkeit der Gesetze verletzt; dieser Grundsatz ist aber in der B. V. nicht aufgestellt.

Nun wurden aber schon unter der B. V. von 1848 B. *Gesetze* über andere Gegenstände als über allgemein verbindliche Rechtssätze erlassen, namentlich über Behördenorganisation. Indem die neue B. V. alle Gesetze schlechthin dem Referendum unterstellte, wollte sie sicher diese langjährige Praxis nicht verurteilen, wie sich auch aus Art. 85, Ziff. 4, ergibt. Welche andere Gegenstände als die allgemein verbindlichen Normen aber durch Gesetze zu regeln seien, und welche durch blossen Beschluss, wovon nach unserer Auslegung der Worte «allgemein verbindlich» die Referendumspflicht abhängt, sagt die B. V. nicht. Die B. Vers. soll m. E. in der Regel Rechtssätze in Gesetzesform kleiden;

---

[1]) Über einen Fall nicht rechtzeitigen Zustandekommens des zu revidierenden B. Ges. über die N. R. Wahlkreise s. *Salis*, II, Nr. 370.

andere Vorschriften *kann* sie in diese Form kleiden, wenn sie es ihrer Bedeutung angemessen erachtet, wodurch sie auch zu bewirken vermag, dass darüber die Volksabstimmung verlangt werden kann oder nicht. Ein befriedigendes Resultat ist dies allerdings keineswegs; es erklärt sich aber daraus, dass die B. V. in Art. 89 die Unterscheidung zwischen Gesetz und Beschluss als eine gegebene, durch anderweitige Rechtsnormen und Gesichtspunkte beherrschte voraussetzt, was sie nicht ist.

Die B. Vers. hat die Gesetzesform für wichtige Erlasse verschiedener Art vorgeschrieben, nicht nur über Behördenorganisation, z. B. durch B. Ges. betr. Gewährung von Subsidien an Alpenbahnen, vom 22. Aug. 1878 (A. S. IV, 1) und durch Art. 4 des Gesetzes vom 15. Okt. 1897 über Erwerb und Betrieb der Eisenbahnen (A. S. XVI, 553).

Der B. Vers. steht es nicht zu, die Volksabstimmung über ein Gesetz oder einen allgemein verbindlichen B. B. von sich aus anzuordnen, ohne dass sie durch 30,000 Bürger oder 8 Kantone brauchte verlangt zu werden. Eine derartige Befugnis der gesetzgebenden Behörde, wie sie in manchem Kanton besteht, wurde 1872 ausdrücklich abgelehnt, weil man der B. Vers. die ganze Verantwortlichkeit für ihre Gesetzesbeschlüsse lassen wollte[1].

Über die Frage, welche Behörde befugt sei, *namens des Kantons* das Referendumsbegehren zu stellen, schreibt das B. Ges. vom 17. Juni 1874 in Art. 6 Folgendes vor: «Wenn die Kantone das Verlangen um Volksabstimmung stellen, so hat dasselbe vom Grossen Rate (Kantonsrat, Landrat) auszugehen. Vorbehalten bleibt das nach der kantonalen Verfassung dem Volke zustehende Recht zur Abänderung solcher Schlussnahmen.»

Die Kantone haben bis jetzt von diesem Rechte noch nie Gebrauch gemacht[2].

Die B. V. bestimmt nicht ausdrücklich, wann ein B. Ges. oder ein B. B. als *vom Volke angenommen oder verworfen zu gelten habe.* Sie setzt wohl als selbstverständlich voraus, dass die absolute Mehrheit der Stimmenden darüber entscheidet. Ausdrücklich ist dies nur im Ausführungsgesetz vom 17. Juni 1874, Art. 7, gesagt.

Art. 90.

Die Bundesgesetzgebung wird bezüglich der Formen und Fristen der Volksabstimmung das Erforderliche feststellen.

Trotzdem die vorstehende Bestimmung nur von der Volksabstimmung selbst spricht, hat das Ausführungsgesetz vom 17. Juni 1874 betr. Volksabstimmung über Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse (A. S., I, 116) auch das Verfahren des Referendumsbegehrens, welches zur Ab-

[1] Unrichtig: *Westerkamp,* Staatenbund und Bundesstaat, 1892, S. 336; *Le Fur,* Bundesstaat und Staatenbund, 1902, 185. In obigem Sinn sprach sich auch der N. R. unzweideutig aus, indem er in der Gotthardddebatte den Antrag *Brunner* ablehnte. Stenographischer Bericht, N. R., S. 679, 689, 696.

[2] *Veith,* Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt; S. 110—115.

stimmung führt, geregelt[1]). Das gleiche B. Ges. bestimmt sodann auch den *Gegenstand* der Referendumsabstimmung näher, insofern als es die Dringlicherklärung ausdrücklich nur auf B. B. bezieht, entsprechend dem französischen Text des Art. 89 B. V., und als es vorschreibt, dass in jedem einzelnen Fall durch die B. Vers. festzustellen sei, ob ein B. B. als allgemein verbindlich oder als dringlich zu behandeln sei.

Die B. V. wollte gewiss alle diejenigen Punkte durch das Ausführungsgesetz geregelt wissen, die zur Betätigung des Volksrechts näherer Regelung bedürfen. Die Frist zur Einreichung des Referendumsbegehrens ist durch Art. 4 auf 90 Tage seit der Bekanntmachung des Gesetzes oder Beschlusses im B. Bl. festgesetzt. Zum B. Ges. vom 17. Juni 1874 erliess der B. R. am 2. Mai 1879 eine V. V. (A. S., IV, 81, vgl. XVI, 91, 603; XVII, 818).

Art. 91.

Die Mitglieder beider Räte stimmen ohne Instruktionen.

I. Geschichte.

Der Antrag der I. Sektion an die *Revisionskommission* von 1848 sah einen ohne Instruktionen gewählten Repräsentantenrat und eine instruierte Tagsatzung vor; als die Kommission das eigentliche Zweikammersystem annahm, beschloss sie einen mit dem heutigen inhaltlich übereinstimmenden Art. 74[2]).

In der Tagsatzung beantragten mehrere Kantone, entsprechend der Natur und der Bestimmung des Ständerats, den Kantonen zu gestatten, ihre Abgeordneten in diesen Rat zu instruieren. Dagegen wurde aber geltend gemacht, die Konsequenz des Zweikammersystems erheische, dass beide Räte Meinungsverschiedenheiten durch gegenseitige Annäherung überwinden können, was unmöglich sei, wenn einer derselben an Instruktionen gebunden sei. Schliesslich wurde der Kommissionsantrag mit 15 Stimmen bestätigt[3]).

II. Auslegung[4]).

Der Rechtssatz, dass die Mitglieder der B. Vers. ohne Instruktionen stimmen, ist von grundlegender Bedeutung für die rechtliche Natur dieser Behörde; er ist von Bedeutung für die Bestimmung des Verhältnisses zwischen den «Vertretern» des Volkes und ihren Wählern überhaupt, und für die rechtliche Natur des St. R. im besonderen.

---

[1]) Der Revisionsentwurf von 1872 enthielt im entsprechenden Art. 89 die Worte: „Der Formen und Fristen *der Volksbegehren und* der Volksabstimmung ...“; sie wurden 1874 fallen gelassen mit dem Institut der Volksinitiative. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 231, 362.

[2]) Prot der Revisionskommission, S. 110, 125, 131, 158, 181.

[3]) Absch. 1847, IV, S. 130, 131, 275.

[4]) *Blumer-Morel,* III, 56. *Veith,* Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, 79 ff.

Der *Begriff der Vertretung* der Wähler durch ihren Abgeordneten im Parlament, wie er *im N. R.* zur Anwendung kommt, kann hier nicht eingehend besprochen werden. Es sei nur bemerkt, dass, wenn die Wähler ihrem Kandidaten keine bindenden Weisungen geben können, was schon durch die Organisation der Volkswahl ausgeschlossen ist, zwischen ihnen und dem Gewählten kein rechtliches Band besteht; denn auch von Verfassungs oder Gesetzes wegen ist der zum N. R. Gewählte nicht verpflichtet, dem mutmasslichen Willen seiner Wähler, der Mehrheit oder der Gesamtheit, zu folgen; er hat in jedem Fall nach eigener Überzeugung das Richtige zu wählen. Wenn die Volkskammer oder ihre Mitglieder als die Vertreter des Volkes, in seiner Gesamtheit oder der einzelnen Wahlkreise, bezeichnet werden, so wird damit bloss der politische Zweck und die politische Wirkung der Institution ausgedrückt: die Wahl und die Auswahl der Abgeordneten soll es dem Volk ermöglichen, seine Ansichten und Wünsche zum Ausdruck zu bringen, und tatsächlich wird dieser Zweck auch in weitem Masse erreicht; das Mittel dazu ist aber nicht die rechtliche Verpflichtung der Gewählten gegenüber ihren Wählern, sondern lediglich die faktische Möglichkeit für die Wähler, diejenigen Personen zu wählen, deren Überzeugung mit ihren eigenen übeinstimmt, und falls diese Übereinstimmung aufhört, die bisherigen «Vertreter» durch andere zu ersetzen. Die Mitglieder des N. R. haben auch keineswegs die verfassungsrechtliche Pflicht, im Rate speziell die Interessen ihres Wahlkreises zu vertreten; auch darüber soll lediglich ihre persönliche Überzeugung entscheiden, inwiefern das Interesse des gesamten Landes demjenigen einzelner Teile vorgehen soll, oder umgekehrt. Die Verfassung und das Gesetz setzen bloss voraus, dass den Abgeordneten die Interessen ihres Wahlkreises näher liegen werden als diejenigen anderer und dass sie sich deshalb tatsächlich dieser Interessen wärmer annehmen werden als derjenigen anderer Landesteile; indem der Gesetzgeber die Ausdehnung der Wahlkreise bemisst, sucht er zu erreichen, dass weder ausschliesslich lokale Interessen noch ausschliesslich dem ganzen Lande gemeinsame vertreten werden. Stets aber handelt es sich darum, ein tatsächliches, nicht ein rechtliches Verhältnis zwischen dem Gewählten und dem Wahlkörper zu schaffen.

Nicht anders verhält es sich *beim St. R.;* die dieser Institution zu Grunde liegende Idee ist zweifellos die, dass die Interessen der zu Kantonen gruppierten Landesbewohner eine besondere Vertretung haben sollen. Das rechtliche Mittel, durch welches dieses Resultat erreicht werden soll, ist aber nicht das eines Verpflichtungsverhältnisses zwischen dem Kanton und seinen Abgeordneten, sondern die Vorschrift, dass jeder Kanton gleich viel Abgeordnete hat und dass er sie, nach eigenem Verfahren, auswählen kann; darin liegt nach Ansicht der B. V. die Gewähr, dass die Gewählten tatsächlich auch die Interessen ihres Kantons in besonderem Masse berücksichtigen werden. Der einmal Gewählte hat aber gegenüber seinem Kanton keinerlei rechtliche Verpflichtung und soll nur nach eigener Überzeugung stimmen (vgl. St. B., VII, 721). Sache des kantonalen Wahlkörpers ist es, Abgeordnete zu wählen, deren Überzeugung mit der seinigen übereinstimmt. Der St. R. ist daher, juristisch gesprochen, in keinem fassbaren Sinn eine Vertretung der Kantone; er ist nur in einer Weise zusammengesetzt, die eine Gewähr

dafür bietet, dass die besonderen Interessen der Kantone tatsächlich verteidigt werden [1]).

Die Mitglieder des St. R. haben sich daher an keine Meinungsäusserungen der wählenden Kantonsbehörde zu halten; sie sollen nicht gegen ihre Überzeugung im Interesse ihres Kantons stimmen, wie es noch häufig verlangt wird. Das Unannehmbare solcher Rücksichten liegt auf der Hand, wenn der St. R. als Rekursbehörde über eine Rechtssache eines Kantons zu entscheiden hat.

Die Abgeordneten in den St. R. schulden dem Kanton, der sie abgeordnet hat, keine Rechenschaft über ihr persönliches Verhalten in der Behörde, noch über die Verhandlungen des Rates überhaupt, wie es *Blumer-Morel*, III, 56—57, wünscht [2]).

Der Ständerat ist ein Organ des Bundes, weil er zur Bildung des Staatswillens des Bundes mitwirkt; dass die Kantone zur Bildung dieses Organs berufen sind, macht es so wenig zu einem Organ der einzelnen Kantone oder der Gesamtheit derselben, als die Jury der Bundesassisen oder der N. R. selbst ein Organ der Kantone ist, weil sie zur Bildung derselben beitragen.

Art. 92.

Jeder Rat verhandelt abgesondert. Bei Wahlen (Art. 85, *Ziffer* 4), bei Ausübung des Begnadigungsrechtes und für Entscheidung von Kompetenzstreitigkeiten (Art. 85, *Ziffer* 13) vereinigen sich jedoch beide Räte unter der Leitung des Präsidenten des Nationalrates *zu* einer gemeinschaftlichen Verhandlung, so dass die absolute Mehrheit der stimmenden Mitglieder beider Räte entscheidet.

I. Geschichte.

Nachdem sich die *Revisionskommission von 1848* für das Zweikammersystem ausgesprochen, wurde ihr von den Redaktoren in 2. Beratung ein mit dem heutigen beinahe wörtlich übereinstimmender Artikel vorgelegt. Die Anträge, die beiden Räte getrennt verhandeln, aber in gemeinsamem Skrutinium abstimmen zu lassen, die Fälle gemeinsamer Verhandlung durch die Gesetzgebung bestimmen zu lassen, und auch die Kriegserklärung in den Geschäftskreis der vereinigten B. Vers. zu stellen, wurden nebst anderen verworfen.

---

[1]) In diesem Sinn: *Affolter*, Grundzüge, 118—119. Der St. R. ist auch nicht das Repräsentativorgan der Gesamtheit der Kantone, wie *Veith*, Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, S. 79 ff., in etwas unklarer Darstellung lehrt. *Dubs*, II, 56, stellt den St. R. als eine Vertretung der Kantone dar.

[2]) Für diese Ansicht scheint eine unklar redigierte Bemerkung der Verhandlungen der Tagsatzung zu sprechen. Absch. 1847, IV, S. 131.

In der Tagsatzung wurde u. a. vorgeschlagen, die Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bund und Kantonen durch das B. Ger. *(Appenzell A.-Rh.)* oder durch eine aus Mitgliedern des N. R. und St. R. gleichmässig zusammengesetzte Kommission entscheiden zu lassen *(Waadt)*. Beide Anträge wurden aber abgewiesen, der erste, weil das B. Ger. nicht in politische Fragen hereingezogen werden dürfe[1].

II. Auslegung.

Der Satz, dass jeder Rat abgesondert verhandeln soll, bedarf keiner Erklärung; seine Befolgung ist durch die Organisation der beiden Räte und durch den Geschäftsgang, wie er durch Gesetz und Reglement geregelt ist, gesichert. Der Erwähnung bedarf nur die Frage, ob *auch die vorberatenden Kommissionen getrennt verhandeln* sollen. Wenn die getrennte Beratung der Räte selbst durch die Verfassung vorgeschrieben ist, so geschieht dies wohl deshalb, weil die Verfassung von zwei auf verschiedener Grundlage aufgebauten Körperschaften eine verschiedenartige Behandlung der Frage erwartet; dann darf aber die Verhandlung auch in den vorberatenden Ausschüssen der Räte nicht gemeinsam sein. Und führt man auch die Trennung der Beratung und das Zweikammersystem überhaupt bloss auf die Erwägung zurück, dass die Beratung durch zwei aus verschiedenen Personen zusammengesetzte Versammlungen gründlicher ist als die durch eine einzige, so lässt sich gegen die gemeinsame Beratung beider Kommissionen einwenden, dass die Kommission des in zweiter Linie verhandelnden Rates die Vorlage nicht mit gleicher Frische und Unbefangenheit angreifen wird, wenn sie die Debatten der anderen Kommission schon mitgemacht hat. Ist aber die Vorlage einmal durchberaten worden und kommen die beiden Räte zu keiner Verständigung, so hat sich die Eigenart der beiden Räte genügend geltend gemacht, und es kann eine Vereinigung der Kommissionen zum Zweck der Verständigung ohne Beeinträchtigung des Zweikammerprinzipes stattfinden. Dies sieht Art. 6, Abs. 1, des B. Ges. über den Geschäftsverkehr etc. vom 9. Okt. 1902 vor, indem er bestimmt: «Beschliessen die beiden Räte, auf ihren abweichenden Schlussnahmen zu beharren, so sind die Differenzen einer aus den vereinigten Kommissionen beider Räte gebildeten Konferenz zu unterbreiten, welche versuchen soll, eine Verständigung herbeizuführen.» Vgl. auch die aus den Finanzkommissionen beider Räte gewählte Delegation zur Prüfung und Überwachung des Finanzhaushaltes der Eidgenossenschaft (Art. 25—27)[2].

Es ist vereinzelt vorgekommen, dass sich die Kommissionen zur Beratung von Verfassungs- oder Gesetzesvorlagen vereinigten, z. B. zur Beratung über die Frage der Reorganisation des B. R. Anfang Oktober 1894 (B. Bl. 1894, IV, 470—472), ohne dass Beschlüsse gefasst worden wären, und zur Beratung des neuen Art. 34bis der B. V. (B. Bl. 1890, II,

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 158, 181. Absch. 1847, IV, S. 126—127, 275; — Prot. des N. R. 1871, S. 402.

[2]) Der B. R. hatte in seinem Entwurf vom 23. Okt. 1894 eine gemeinsame Kommission vorgeschlagen zur Ausübung des Aufsichtsrechts über die Bundesbank. B. Bl. 1894, III, 609, 624. Vgl. oben Art. *85*, Ziff. 4, i. f.; sie wurde durch die B. Vers. in einer der heutigen Delegation ähnlichen Weise umgestaltet. B. Bl. 1896, III, 692.

Beilage), wo sich die St. R. K. der n. r. wenigstens mit beratender Stimme anschloss.

Der *zweite Satz* des Art. 92, welcher die Befugnisse der vereinigten B. Vers. aufzählt, ist limitativ, gilt aber m. E. nur für die im Art. 85 B. V. erwähnten Gegenstände; Befugnisse anderer Art könnten durch Gesetz auch der vereinigten B. Vers. zugeteilt werden, wenn sie sich ihrer Natur nach zu getrennter Beratung nicht eigneten, wie etwa die Amtsentsetzung der von der B. Vers. gewählten Beamten. Es ist dies m. W. ein einziges Mal geschehen, durch Art. 1, Abs. 3, des B. Ges. über die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dez. 1851 (A. S., III, 33), welcher bestimmt, dass über die Verweigerung der Zustimmung des B. R. zur polizeilichen oder gerichtlichen Verfolgung von Mitgliedern des B. R. und höherer Bundesbeamten bei der vereinigten B. Vers. Beschwerde geführt werden kann; das Gesetz erblickte wohl darin eine Art der Kompetenzstreitigkeit. Vgl. Art. *113*, *Ziff. 1.*

In der Praxis wurde mit Recht daran festgehalten, dass die Amnestie, im Gegensatz zur Begnadigung, nicht in den Geschäftskreis der vereinigten B. Vers. fällt. *Ullmer*, I, Nr. 343. B. Bl. 1902, V, 870. St. B., XII, 744 ff.

Die Auswahl der Ortschaft, welche Sitz einer eidg. Verwaltung sein soll, ist keine Wahl i. S. des Art. 92, auch wenn sie durch einen besonderen Beschluss erfolgt; die B. V. scheint abgesonderte Abstimmung zu verlangen oder vorauszusetzen, indem sie in Art. 115 B. V. die Bestimmung des Sitzes als Gegenstand der Gesetzgebung anführt[1]).

Art. 93.

Jedem der beiden Räte und jedem Mitglied derselben steht das Vorschlagsrecht (die Initiative) zu.

Das gleiche Recht können die Kantone durch Korrespondenz ausüben.

I. Geschichte.

Der Antrag der I. Sektion an die Revisionskommission von 1848 enthielt einen Art. 30, der mit dem heutigen Art. 93 inhaltlich übereinstimmte; ohne dass er in der 1. Beratung in Diskussion gezogen worden wäre, wurde er durch die Redaktoren abgeändert durch Weglassung des B. R., dessen Vorschlags- und Amendierungsrecht in anderen Artikeln anerkant war. In dieser Form wurde der Entwurf in zweiter Beratung angenommen (Art. 76 und 84) und von der Tagsatzung als Art. 81 (vgl. Art. 89 und 90, Ziff. 4) bestätigt[2]).

---

[1]) *Salis*, I, Nr. 166; der Herausgeber ist a. A., vgl. die Note.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 112, 158, 181. Absch. 1847, IV, S. 127 f., 275. Vgl. Art. 28 des Tagsatzungsreglements vom 24. Juli 1835: „Die Kantone, welche Anträge oder Begehren an die Tagsatzung zu stellen haben, mögen solches unmittelbar von sich aus durch Kreisschreiben oder aber mittelbar durch den Vorort tun.“

II. Auslegung.

1. Das *Vorschlagsrecht* ist das Recht, in der B. Vers. einen Antrag zu stellen, d. h. sie zu verpflichten, über einen gemachten Vorschlag Beschluss zu fassen. Das Vorschlagsrecht unterscheidet sich vom *Petitionsrecht* (Art. 57) dadurch, dass die Petition diese Verpflichtung der angesprochenen Behörde nicht begründet, im Gegensatz zum Rekursrecht, welches in dieser Beziehung mit dem Vorschlagsrecht übereinstimmt. Das Rekursrecht ist das Initiativrecht einer Rechtspartei, und eben weil es sich um eine Rechtssache handelt, kann das Initiativrecht in diesem Falle *nur* durch die Rekurslegitimierten, nicht durch die nach Art. 93 B. V. Vorschlagsberechtigten geltend gemacht werden. Ist aber die Sache einmal bei der B. Vers. hängig gemacht, so kann jeder Vorschlagsberechtigte den Antrag des Rekurrenten oder denjenigen der Gegenpartei mit einem andern Antrag bekämpfen. — Ob auch die *Begnadigung* durch jeden Vorschlagsberechtigten anhängig gemacht werden kann, wäre auf Grund der B. V. allein wohl zu bejahen; nach Art. 169—172 des B. St. R. vom 27. Aug. 1851 scheinen aber bloss der Verurteilte und der B. R. vorschlagsberechtigt zu sein. St. B., XII, 747, 751, 761. — Ähnlich verhält es sich bei der Gutheissung von Verträgen der Kantone, die nur dann an die B. Vers. gelangen, wenn vom B. R. oder einem andern Kanton Einsprache erhoben wird, und bei Genehmigung von Verträgen der Eidgenossenschaft mit dem Ausland, die m. E. vom B. R.[1]) vorgelegt werden müssen.

Umgekehrt bedarf es keines Antrages, wenn die Verfassung selbst oder das Gesetz der B. Vers. die Pflicht einer Beschlussfassung klar vorschreiben, wie bei Wahlen und Gewährleistung von Kantonsverfassungen; der B. R. bringt sie, wozu er verpflichtet ist, der B. Vers. zur Kenntnis, und pflegt damit seinen Antrag auf Gewährleistung oder Nichtgewährleistung zu verbinden[2]).

2. *Vorschlagsberechtigt* sind: jeder der beiden Räte, jedes Mitglied derselben, die Kantone und der B. R. (Art. 102, Ziff. 4).

Wenn jedes einzelne Mitglied der eidg. Räte das Vorschlagsrecht besitzt, ist es selbstverständlich, dass der ganze Rat, d. h. die Mehrheit der stimmenden Mitglieder es besitzt; der Beschluss des Rates selbst ist einem Individualantrag nur durch sein moralisches Gewicht überlegen. In der Tat kommt es s. z. s. nie vor, dass ein einzelnes Mitglied den förmlichen Antrag auf Erlass eines Gesetzes stellt, d. h. einen ausgearbeiteten Gesetzesentwurf vorlegt[3]); auch der ganze Rat macht selten von seinem Initiativrecht Gebrauch[4]). Gewöhnlich stellen Mitglieder, die den Erlass eines Gesetzes wünschen, lediglich die Motion, der Rat

[1]) Der ja auch die völkerrechtliche Ratifikation des genehmigten Vertrages unterlassen könnte. Beschlüsse der B. Vers. über Neutralität, Kriegserklärung und Friedensschluss sind nicht blosse Ermächtigungen des B. R., sondern bindende Vorschriften. — Dass die B. Vers. über Eisenbahnkonzessionen nur beschliessen kann, wenn ein Gesuch vorliegt, ist durch die Natur der Sache gegeben.

[2]) Der B. R. kann daher den Gegenstand nicht aus den Verhandlungen zurückziehen, indem er seinen Antrag zurückzieht. Vgl. *Salis*, I, Nr. 182, I.

[3]) Ein Beispiel ist der Antrag von N. R. *Brunner* auf Einführung der Volksinitiative in der Gesetzgebung, nach einem ausgearbeiteten Entwurf. *Salis*, II, Nr. 368, Note.

[4]) Der N. R. tat es durch Beschluss vom 29. Juli 1891, indem er gemäss Motion *Häberlin* den aus den Traktanden gefallenen Entwurf zur Revision des Art. 89 B. V. in globo wieder aufnahm.

wolle den B. R. einladen, über den Gegenstand Bericht und Antrag vorzulegen, und der B. R. stellt die eigentlichen Anträge (Art. 14 des Geschäftsverkehrgesetzes vom 9. Okt. 1902).

Die *Kantone*[1]) sind m. E. im gleichem Umfange vorschlagsberechtigt wie die Mitglieder der Räte und der B. R.; sie haben das Vorschlagsrecht nicht nur im Gebiete der Gesetzgebung, sondern im ganzen Geschäftskreis der B. Vers., wo es ausgeübt werden kann; sie haben auch, wie der B. R. nach Art. 101, das Recht, über einen in Beratung liegenden Gegenstand Anträge zu stellen, sonst könnte ihr Vorschlagsrecht vom Zufall des Zuvorkommens eines vorschlagsberechtigten Bundesorganes abhängen.

Die Fälle, in denen Kantone ihr Vorschlagsrecht ausgeübt haben, sind nicht zahlreich: am 5. Dez. 1877 beantragte *Zürich,* der Bund solle, mangels eines Ausführungsgesetzes, darauf verzichten, die Hälfte der kantonalen Militärsteuern zu beziehen und an Stelle dessen von den Kantonen 60% eines Geldkontingentes erheben. Bericht des B. R. vom 4. Febr. 1878 (B. Bl. 1878, I, 225). Der Kt. *Neuenburg,* welcher bei der B. Vers. das Rechtsbegehren gestellt, aber wieder zurückgezogen hatte, er sei befugt, die Ablieferung des halben Militärpflichtersatzes für 1876 und 1877 zu verweigern, erbat sich von Billigkeits wegen den Erlass des rückständigen Restbetrages, was nur teilweise gewährt wurde (B. Bl. 1883, IV, 659; *Salis,* III, Nr. 1264, III); im Dez. 1901 reichten die Regierungen von *Solothurn* und *Bern* ein Begehren ein betr. eine vom B. R. an die Hand zu nehmende Initiative zur Milderung des Loses der während des Burenkrieges in den Konzentrationslagern gefangenen Burenfrauen und -kinder, die B. Vers. überwies diese Anregung am 19. Dez. gl. J. dem B. R.; *Salis,* I, Nr. 92; V, Nr. 2494; 1890 stellten die Grossen Räte von *Schaffhausen* (30. April) und *Aargau* (27. Mai) bei der B. Vers. den Antrag auf Übertragung der Gesetzgebungskompetenz im Gebiete des Strafrechtes auf den Bund (B. Bl. 1890, II, 875; 1896, IV, 742); mit Schreiben vom 11. Sept. 1891 beantragte der Staatsrat des Kts. *Tessin,* die wegen Wahlbestechungen bei den Grossratswahlen vom 3. März 1889 Verurteilten zu amnestieren; *Salis,* II, Nr. 368; der gleiche Kanton beantragte der B. Vers. mit Schreiben vom 5. Juli 1901 die Abänderung der Art. 142 und 329 des Betreibungsgesetzes; er zog den Antrag aber wieder zurück, bevor die B. Vers. darüber Beschluss gefasst hatte (B. Bl. 1902, I, 732); endlich unterbreitete der Grosse Rat des Kts. *Zürich* am 15. März 1904 einen formulierten Antrag auf Einführung der Volksinitiative in der Bundesgesetzgebung[2]).

3. Wenn eine vorschlagsberechtigte Person oder Behörde von ihrem Recht Gebrauch macht, *bewirkt* sie, dass die B. Vers. den Vorschlag zur Diskussion bringen und wenigstens darüber Beschluss fassen muss, ob sie darauf eintreten wolle oder nicht. Umgekehrt fällt der Gegenstand aus den Traktanden, wenn der Vorschlagsberechtigte ihn fallen lässt, sofern ihn ein anderer nicht aufnimmt. Deshalb ist es von

---

[1]) *Veith,* Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, 98. Welche kantonalen Behörden das Initiativrecht auszuüben haben, sagt weder die B. V. noch ein B. Ges.; vgl. *Veith,* 99.

[2]) Vgl. 1903, I, 1085: Antrag des Kantons Genf an den B. R. betr. Verhandlungen mit Frankreich über den Durchstich der Faucille.

Interesse, zu wissen, ob es eines Antrages bedurfte, und wenn ja, von wem der Antrag gestellt worden ist. Die Verfassung enthält aber weder über diese Frage, noch über die Frage, inwieweit der ursprüngliche Vorschlag im Laufe der Diskussion umgestaltet werden kann, eine Vorschrift, da sie beide mit dem bei der Beratung befolgten Verfahren in Verbindung stehen, vgl. St. B. XII, 1902, 564, 566.

Der Vorschlag wird bei der B. Vers., d. h. *bei beiden Räten* angebracht; er muss daher in beiden Räten zur Beratung angesetzt werden. Deshalb ist ein Gesetzesentwurf des B. R. nicht schon dadurch erledigt, dass derjenige Rat, der zufällig die Priorität hat, Nichteintreten beschliesst, oder ihn nach gewalteter Beratung verwirft; denn nicht an diesen Rat allein war der Antrag gerichtet, sondern an beide[1]). Der Antrag muss daher trotzdem vom anderen Rate behandelt werden. So wurde mit Recht verfahren beim b. r. Entwurf zu einem B. Ges. über Zivilstand und Ehe, der vom St. R. zuerst verworfen wurde; ferner beim Gesetzesentwurf über eidg. Wahlen und Abstimmungen vom 30. Okt. 1883, welcher vom N. R. nach beendeter artikelweiser Beratung verworfen wurde, *Salis,* II, Nr. 175. Der Rat, welcher die Priorität hat, kann auch nicht von sich aus die Vorlage an den B. R. zurückweisen, ohne dass sich der andere Rat darüber schlüssig zu machen hätte. *Salis,* II, Nr. 176. St. B., IV, 353—354; V, 104, 108, 120; XII, 131—133[2]). Art. 4, Abs. 2, des Geschäftsverkehrgesetzes vom 9. Okt. 1902 bestimmt dem entsprechend: «Beschliesst ein Rat in seiner erstmaligen Beratung, auf eine vom B. R. oder dem anderen Rate ausgehende Vorlage nicht einzutreten, so hat er dem andern Rate hiervon Kenntnis zu geben.»

Das Gleiche muss aber gelten für Anträge, die Mitglieder der Räte kraft ihres Initiativrechts stellen; denn auch sie stellen diese Anträge an die B. Vers., nicht bloss an den Rat, dem sie angehören. Damit steht der 3. Abs. des oben zitierten Gesetzesartikels in Widerspruch, der vorschreibt: «Beschliesst dagegen ein Rat, auf einen in Form einer Motion (d. h. von einem einzelnen Mitgliede!) eingebrachten Gesetzes- oder Beschlussesentwurf nicht einzutreten, oder verwirft er denselben nach erfolgter Durchberatung, so bleibt die Sache auf sich beruhen, und es wird der betreffende Beschluss dem andern Rate nicht mitgeteilt.»

Art. 94.

Die Sitzungen der beiden Räte sind in der Regel öffentlich.

---

[1]) Es scheint in den eidg. Räten die Vorstellung zu herrschen, als ob der erste Rat nach beendeter Beratung den Entwurf beim zweiten anhängig mache, was unrichtig ist; er übermittelt ihm nur die Akten und setzt ihn von seinem Beschluss in Kenntnis. Geschäftsverkehrgesetz, Art. 4, Abs. 2 u. 3; Geschäftsreglement des N. R., Art. 39, Ziff. 3; des St. R., Art. 41, Ziff. 2.

[2]) Wie zu verfahren sei, wenn der Rat, dem die Priorität zukommt, die Beratung verschieben möchte, ist nirgends bestimmt. M. E. sollte ein Rat nicht ohne Zustimmung des anderen die Verschiebung beschliessen können, mit der Wirkung, dass der andere so lange auch nicht auf den Gegenstand einzutreten befugt wäre, es sei denn wegen Geschäftsüberhäufung. Vgl. St. B., IV, 4—6, 22—24, 131—136, wo die erste Beratung in beiden Räten schon beendigt war.

Durch Beschluss vom 22. Dez. 1833 verordnete die Tagsatzung, im Gegensatz zur bisherigen Übung, die Öffentlichkeit der Sitzungen der obersten Bundesbehörde; der Grundsatz wurde durch Reglement über die Öffentlichkeit der Tagsatzungsverhandlungen vom 8. Juli 1834 ausgeführt: § 1. «Die Sitzungen der Tagsatzung sind in der Regel öffentlich.» Dieser Grundsatz wurde in das Tagsatzungsreglement vom 14. Juli 1835, Art. 17, aufgenommen: «Die Sitzungen der Tagsatzung sind öffentlich, nach Massgabe der bereits erlassenen oder künftiger Beschlüsse über die Öffentlichkeit[1].»

Die Bestimmung des heutigen Art. 94 wurde in der *Revisionskommission von 1848* von der I. Sektion in beinahe gleicher Fassung vorgeschlagen und ohne Widerspruch in die B. V. aufgenommen[2].

Nach den Geschäftsreglementen der beiden Räte kann der Antrag auf geheime Beratung durch den B. R. oder 10 Mitglieder des N. R. (Art. 38 des Regl. des N. R. vom 5. Juni 1903) oder 5 Mitglieder des St. R. (Art. 39 des Regl. des St. R. vom 27. März 1903) gestellt werden; die Beratung über diesen Antrag ist auch geheim. Die Öffentlichkeit der Verhandlung besteht in der Zulassung des Publikums und der Vertreter der Presse, und in der Veröffentlichung der Verhandlungen über Bundesgesetze und allgemein verbindliche Bundesbeschlüsse in einem stenographischen Bulletin; Verhandlungen über andere Geschäfte kann jeder Rat stenographieren lassen. Art. 17 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr etc., vom 9. Okt. 1902.

II. Bundesrat.

Art. 95.

Die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft ist ein Bundesrat, welcher aus sieben Mitgliedern besteht.

I. Geschichte.

Der *Entwurf von 1832* enthielt in Art. 68 die Bestimmung: «Ein Bundesrat ist die leitende und vollziehende Behörde der Eidgenossenschaft»; der Entwurf von 1833 (Art. 63): «Ein Bundesrat ist die oberste vollziehende und, in Abwesenheit der Tagsatzung, die leitende Behörde der Eidgenosschaft.» Nach beiden Entwürfen sollte der B. R. aus dem Landammann der Schweiz als Vorsitzendem und vier Bundesräten bestehen.

Die *Revisionskommission von 1848* schlug der Tagsatzung als Art. 78 vor; «Die oberste vollziehende und leitende Behörde der Eidgenossenschaft ist ein B. R., welcher aus fünf Mitgliedern besteht[3].»

---

[1]) *Snell*, I, 167, 155. Absch. 1833, S. 88.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 112, 158, 181, 202. Absch. 1847, IV, 128, 275.
[3]) Prot. der Revisionskommission, S. 132, 158, 181.

Mit dem Grundsatz, eine besondere und ständige Bundesregierung zu schaffen, war man in der Tagsatzung allseitig einverstanden; die Diskussion betraf bloss die Zahl der Bundesräte; die Mehrheit erklärte sich für 7 Bundesräte (Art. 83 der B. V. von 1848)[1].

Mit dem bei Art. 96 erwähnten Initiativbegehren betr. die Wahl des B. R. durch das Volk wurde auch der Vorschlag, die Zahl der Bundesräte auf 9 zu erhöhen, abgelehnt (4. Nov. 1900).

II. Auslegung[2].

Die nächste Bedeutung des Art. 95 für die Urheber der B. V. von 1848 war wohl nicht die grundsätzliche Anerkennung der Gewaltentrennung, sondern die Einsetzung einer besondern und ständigen eidg. Vollziehungsbehörde im Gegensatz zur bisherigen Einrichtung des Vorortes. Zugleich wurde aber auch gesagt, dass dieser Behörde grundsätzlich die vollziehende und leitende Funktion übertragen werden solle, im Gegensatz zu ähnlichen Befugnissen der Tagsatzung.

Dass nach geltendem Verfassungsrecht (Art. 71, 85, 95, 102) die B. Vers. als die grundsätzlich gesetzgebende, der B. R. als die grundsätzlich vollziehende Behörde anzuerkennen ist, wurde bei Art. *71* bemerkt. Folge davon ist, dass, wo die B. V. nicht ausdrückliche Ausnahmen macht oder gestattet, der B. R. ausschliesslich befugt ist, Verwaltungshandlungen vorzunehmen; dass er der B. Vers. darüber verantwortlich ist, wie über seine ganze Geschäftsführung, dass er auch von ihr Weisungen anzunehmen hat, dass endlich die B. Vers. weder an seiner Stelle verfügen, noch seine Verfügungen abändern oder aufheben kann. Es wird kaum bestritten werden, dass die B. Vers. Verwaltungshandlungen, für welche der B. R. kompetent ist, nicht auch von sich aus, an Stelle des B. R. und über seinen Kopf hinweg vornehmen darf; es würde dies zu einer bedenklichen Verwirrung der Verantwortlichkeit führen. Fraglicher ist aber, ob die B. Vers. nicht Verfügungen des B. R., von sich aus oder auf Beschwerde hin, abändern oder aufheben kann.

Die B. V. von 1848 schien dies in Art. 74, Ziff. 15 allgemein zuzulassen, wo bestimmt war: In den Geschäftskreis beider Räte fallen: «Beschwerden von Kantonen oder Bürgern über Verfügungen des B. R.» (vgl. unten Art. *102,* Ziff 2). Diese Bestimmung wurde aber bald durch die Praxis auf Fälle behaupteter Verletzung der B. V. eingeschränkt: *Ullmer,* I, Nr. 345; *Blumer-Morel,* III, 63—66. *Salis,* II, S. 4, vgl. unten Art. *102, Ziff. 2.* In der B. V. von 1874 wurde jene Bestimmung weggelassen und an ihre Stelle Ziff. 12 gesetzt, von der bei Art. 102, Ziff. 2, die Rede ist. Es soll dort auch erörtert werden, ob heute noch wegen Verletzung eines verfassungsmässigen Rechtes durch den B. R. an die B. Vers. rekurriert werden kann.

Hier ist nur festzustellen, dass die B. Vers. weder von sich aus, noch auf Beschwerde hin, eine bundesrätliche Verfügung wegen *Gesetzes*verletzung aufheben kann. Es ist dies nicht nur daraus zu folgern, dass die B. V. die Verwaltung, mit einigen Ausnahmen, dem B. R. zuteilt und der B. Vers. nur die Aufsicht über die Verwaltung, sondern auch

[1]) Absch. 1847, IV, S. 128—130, 275.
[2]) *v. Salis,* Art. „Bundesrat“ in *Reichesbergs* Handwörterbuch I, 678.

daraus, dass wenigstens im geltenden Gesetzesrecht der Beschwerdegang gegen b. r. Verfügungen an die B. Vers. nirgends geregelt ist (z. B. in bezug auf Beschwerdefrist).

Einzelne Bundesgesetze sehen allerdings ausdrücklich ein Rekursrecht gegen Verfügungen des B. R. vor[1]); nämlich: B. Ges. betr. den Bau und Betrieb von Eisenbahnen, vom 23. Dez. 1872, Art. 14, Abs. 4, betr. Anforderungen des B. R. an Eisenbahngesellschaften zur Sicherheit des Bahnbetriebes, zur Befriedigung erweiterter Verkehrsbedürfnisse etc.; B. Ges. betr. Stimmrecht der Eisenbahnaktionäre, vom 28. Juni 1895, Art. 8, Abs. 1, betr. Aufhebung von Beschlüssen der Generalversammlung oder der Verwaltung, welche bedeutende Landesinteressen gefährden; B. Ges. betr. die Nebenbahnen, vom 21. Dez. 1899, Art. 1, betr. die Klassifikation einer Bahn als Nebenbahn durch den B. R.; B. Ges. betr. das Tarifwesen der B. B., vom 27. Juni 1901, Art. 21, betr. Teilung des Verkehrs mit anderen Bahnen; Banknotengesetz, vom 8. März 1881, Art. 38, wegen Entziehung des Rechtes der Notenausgabe oder Reduktion der Emission.

In diesen Fällen bestehen kraft positiven Rechts Ausnahmen von der verfassungsrechtlichen Regel. Wo aber das Gesetz nichts bestimmt, und um so mehr, wo es die Entscheidung des B. R. ausdrücklich als endgültige bezeichnet, ist der Rekurs an die B. Vers. ausgeschlossen. Vgl. Bericht des B. R. über den Rekurs der Wwe. Schneider, vom 7. Febr. 1905 (B. Bl. 1905, I, 491). Die Praxis des B. R., soviel an ihm liegt, steht im ganzen auf diesem Boden; die B. Vers. ist aber mehrmals auf Beschwerden gegen b. r. Verfügungen eingetreten, *Salis*, II, Nr. 267 und ff.[2]).

Auch die Theorie ist mit dieser Auffassung durchweg einverstanden[3]).

Es liegt m. E. kein Grund vor, von dieser Auffassung bezüglich der allgemeinen Erlasse des B. R. abzuweichen, wie *v. Salis*, a. a. O. es will; liegt der Grund des Beschwerderechts in der normativen Form des B. R. B., als allgemeinen Erlasses, so muss die Beschwerde auch gegen eine Dienstinstruktion des B. R. gegeben sein, was eine vollständige Vermengung der Kompetenzen zur Folge hätte; liegt der Grund aber darin, dass der B. R. in Ausführung eines B. Gesetzes den Beschluss

---

[1]) Früher: das B. Ges. betr. den Gerichtsstand für Zivilklagen gegen den Bund, vom 20. Nov. 1850, Art. 6, betr. Bestreitung der Kompetenz der kantonalen Gerichte oder der Gerichte überhaupt durch den B. R.; das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dez. 1850, Art. 41, betr. b. r. Bewilligung strafrechtlicher Verfolgung; das B. G. betr. die politischen und polizeilichen Garantien, vom 23. Dez. 1851, Art. 1, Abs. 2, betr. Verweigerung der b. r. Bewilligung strafrechtlicher Verfolgung wegen nicht amtlicher Delikte. Die Beschwerde auf Grund von Art. 41 des Verantwortlichkeitsgesetzes, welcher auf Art. 74, Ziff. 15, der B. V. von 1848 verweist, ist wohl heute mit dieser Verfassungsbestimmung dahingefallen. Vgl. *Wolff*, die Bundesgesetzbung, 2. A., I, S. 32; Art. 6 des Gerichtsstandgesetzes verweist auf Art. 74, Ziff. 17, der B. V., fasste also die Beschwerde als eine Art Kompetenzstreitigkeit auf, und dasselbe ist wohl von Art. 1 des Garantiengesetzes zu sagen, der die vereinigte B. Vers. entscheiden lässt; in diesen beiden letzteren Fällen ist daher heute das B. Ger. an Stelle der B. Vers. getreten; vgl. Art. 113, Ziff. 1.

[2]) Von diesem Fall, wo gegen eine Verfügung des B. R. oder einer adm. Bundesbehörde an die B. Vers. rekurriert wird, ist wohl zu unterscheiden der Fall, wo wegen Verletzung eines B. Ges. durch eine *kantonale* Behörde zuerst an den B. R. und gegen dessen Rekursentscheid an die B. Vers. rekurriert wird. Vgl. unten Art. *102*, Ziff. 2.

[3]) *Blumer-Morel*, III, 66; *Salis*, Bundesrecht, II, S. 6—7, S. 104, und in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 708. *Ott*, La justice administrative fédérale, Diss. 1904, p. 96. *Schollenberger*, Kommentar, S. 514—515.

gefasst hat, so ist nicht einzusehen, warum der Rekurs nur möglich sein sollte, wenn der Beschluss die Form einer Verordnung hat, nicht aber, wenn der B. R. das B. Ges. von Fall zu Fall anwendet und dabei eine Gesetzesverletzung begeht. Es besteht in beiden Fällen das gleiche Interesse, die Kompetenzen des B. R. und der B. Vers. und ihre Verantwortlichkeit klar auseinanderzuhalten. Wie es nicht im Systeme der B. V. liegt, die Vollziehungsverordnungen des B. R. durch die B. Vers. genehmigen zu lassen (vgl. oben Art. *85*, Ziff. 2), so entspricht es ihr nicht, dass über b. r. Vollziehungsverordnungen bei der B. Vers. Beschwerde geführt werde. Die B. Vers. mag den B. R. darüber zur Verantwortung ziehen, wenn sie glaubt, dass er das Gesetz verletzt habe. Das Beschwerderecht würde es ermöglichen, eine Menge von Verfügungen, die der B. R. in Anwendung einer Vollziehungsverordnung trifft, auf einem Umwege vor die B. Vers. zu ziehen; auch ist dieses Beschwerderecht in der Gesetzgebung nirgends vorgesehen noch geregelt.

Die Errichtung eines vom B. R. unabhängigen *Verwaltungsgerichtshofes*, bei welchem gegen gesetzeswidrige Verfügungen des B. R. oder eidg. Verwaltungsbehörden Beschwerde geführt werden könnte, ist mehrmals verlangt worden und mit Recht[1]. Die Frage, ob eine solche gerichtliche Instanz ohne Verfassungsrevision geschaffen werden könne, wurde verschieden beantwortet: die meisten verneinen die Frage, weil die B. V. ein solches, die Verwaltung des B. R. überprüfendes Organ nicht kenne[2]. Gegen die Notwendigkeit einer Verfassungsrevision kann nicht angeführt werden, die verfassungsrechtliche Stellung des B. R. als Executive bleibe unangetastet; denn wenn auch das Verwaltungsgericht die Verfügungen des B. R. nur auf ihre Rechtmässigkeit, nicht auf ihre Zweckmässigkeit prüft, so unterstellt es sie doch in dieser sehr wichtigen Beziehung seiner Kontrolle. Gewichtiger scheint mir aber der von *Speiser* erhobene Einwand, dass schon jetzt eine nicht geringe Anzahl von verwaltungsrechtlichen Streitigkeiten zwischen Bundesverwaltung und Privaten vor das B. Ger. getragen werden können. Es sind das u. A. folgende:

Auf Grund des B. Ges. über das Rechnungswesen der Eisenbahnen, vom 27. März 1896 (A. S. *XV*, 517), Art. 12: Anordnungen des B. R. über die jährlichen Einlagen in den Erneuerungsfonds; Art. 16: Verfügungen des B. R. über die Anlage der Rechnungen, der Bilanz oder die konzessionsmässigen Ertrags- und Kapitalausweise, vgl. Art. 180 des O. G.; Art. 17 Verfügungen des B. R. über Bestimmung und Verwendung des Reinertrages. Art. 20: Ermittlung des Rückkaufswertes, vgl. Art. 30, lit. *f*, der Normalkonzession (B. Bl. 1902, I, 272). Auf Grund des B. Ges. betr. die Wasserbaupolizei im Hochgebirge, vom 22. Juni 1877 (A. S. III, 193); Art. 12: Verteilung der zu leistenden Beiträge auf verschiedene beteiligte Kantone. Die im B. Ges. betr. Bau und Betrieb von Eisenbahnen, vom 23. Dez. 1872 (A. S. XI, 1), vorgesehenen Entschädigungen wegen Forderungen des B. R. im öffentlichen Interesse, welche über die

---

[1]) Referate von *G. Vogt* und *A. Chappaz* im schweiz. Juristenverein; Zeitschrift, 1897, XVI, 821—845, dazu *Vogt* in der Zeitschr. des Bernischen Juristenvereines XXIX, 494; Vorschlag des eidg. Justizdepartements, ausgearbeitet von *L. R. v. Salis*, vom J. 1899 und Gutachten darüber von *P. Speiser*, und den Bundesrichtern *Morel, Lienhard* u. *Leo Weber*, bei *Salis*, II, Nr. 346. *Ott*, a. a. O. *Bernitziks* Besprechung von *Salis* Bundesrecht, 1. A., in der Krit. Vierteljahrsschr. XXXV, 1893, 284.

[2]) So *Vogt*, a. a. O. 825; *Chappaz*, 834; *Leo Weber*, 839; *Jules Roguin*, 841; ferner das Gutachten der drei Bundesrichter, *Salis*, II, S. 108.

gesetzlichen und konzessionsgemässen Verpflichtungen der Gesellschaften hinausgehen (vgl. Art. 14, 24, 33. Art. 215 M. O.), werden durch das O. G., Art. 50, Ziff. 1, als zivilrechtliche Ansprüche bezeichnet. Ebenso die durch das B. Ges. betr. die elektrischen Anlagen, vom 24. Juni 1902 (A. S. XIX, 259), Art. 5—11, normierten Entschädigungsansprüche u. a. m. S. unten Art. *110, Ziff. 2* u. *3*.

Es scheint mir aber, dass die verfassungsrechtliche Regel der Unabhängigkeit des B. R. als oberster Verwaltungsbehörde durch diese Ausnahmen nicht umgestossen sei; und ferner ist es nicht dasselbe, ob in einzelnen Fällen, wo der Interessengegensatz zwischen Bundesverwaltung und Privatpersonen besonders stark hervortritt, ein Rekurs an das B. Ger. gewährt werde, oder ob grundsätzlich jede Verfügung des B. R. wegen Rechtswidrigkeit bei einer von der Exekutive unabhängigen Behörde könne angefochten werden.

Über die Stellung der einzelnen Abteilungen der Bundesverwaltung zum B. R. s. Art. *102*, Ziff. *15*, und Art. *103*.

Art. 96.

Die Mitglieder des Bundesrates werden von der Bundesversammlung aus allen Schweizerbürgern, welche als Mitglieder des Nationalrates wählbar sind, auf die Dauer von drei Jahren ernannt. Es darf jedoch nicht mehr als ein Mitglied aus dem nämlichen Kanton gewählt werden.

Nach jeder Gesamterneuerung des Nationalrates findet auch eine Gesamterneuerung des Bundesrates statt.

Die in der Zwischenzeit ledig gewordenen Stellen werden bei der nächstfolgenden Sitzung der Bundesversammlung für den Rest der Amtsdauer wieder besetzt.

I. Geschichte.

Abs. 3 ist inhaltlich übereinstimmend mit Art. 74 des Entwurfs von 1832 und Art. 69 des Entwurfs von 1833.

In der *Revisionskommission von 1848* wurde zuerst der Vorschlag, zwei Bundesräte durch die eine, zwei durch die andere Kammer und den Präsidenten durch das Volk wählen zu lassen, zu gunsten des Wahlrechts der vereinigten B. Vers. abgelehnt; und später auch mit 9 gegen 10 St. der Vorschlag der Wahl des B. R. durch das Volk; gegen diese Wahlart wurde eingewendet, das Volk werde durch häufige Ab-

lehnung der Wahl zu mehreren Skrutinien schreiten müssen und dadurch ermüdet werden; und es werde die für die einzelnen Departements besonders befähigten Männer nicht leicht ausfindig machen[1]).

In der Tagsatzung wurde in verschiedener Form die Idee einer Verteilung auf die Kantone befürwortet und schliesslich der 2. Satz vom Absatz 1 angenommen. Dem Antrag, die Amtsdauer auf vier Jahre festzusetzen, wie es die Entwürfe von 1832 und 1833 getan, wurde u. a. mit der Erwägung entgegengetreten, es müssen die Bundesräte auf die nämliche Zeit gewählt werden, wie der Nationalrat, um zwischen diesen beiden Behörden eine Übereinstimmung der politischen Ansichten zu erlangen, was auf einen gedeihlichen Geschäftsgang von dem grössten Einfluss sein werde; deshalb habe man eine Integralerneuerung des Bundesrates mit dreijähriger Amtsdauer vorgeschlagen[2]).

Die Volkswahl des B. R. wurde wieder *1872* im N. R. durch *Carteret* beantragt, aber mit 67 gegen 12 St. abgelehnt[3]). Das Gleiche wiederholte sich im N. R. 1874[4]).

Im Juni und Juli 1899 reichten 56,350 Schweizerbürger das formulierte Initiativbegehren ein, es sei u. a. Art. 96 der B. V. durch folgende Bestimmung zu ersetzen: «Die Mitglieder des B. R. werden von den stimmberechtigten Schweizerbürgern jeweils am Tage der Nationalratswahlen auf die Dauer von drei Jahren mit Amtsantritt auf den folgenden 1. Januar gewählt. — Die Wahl geschieht in einem die ganze Schweiz umfassenden Wahlkreis. Es sollen nur zwei Wahlgänge stattfinden, von welchen auch der zweite frei ist. Im ersten Wahlgang entscheidet das absolute, im zweiten das relative Mehr. Wahlfähig ist jeder in den N. R. wählbare Schweizerbürger. Es darf jedoch nicht mehr als ein Mitglied aus dem nämlichen Kanton gewählt werden, und müssen wenigstens zwei Mitglieder der romanischen Schweiz angehören. Die während einer Amtsdauer ledig gewordenen Stellen sind, wenn nicht die Gesamterneuerung innerhalb sechs Monaten bevorsteht, für den Rest der Amtsdauer sofort wieder zu besetzen.» Bericht des B. R. vom 22. Sept. 1899 (B. Bl. 1899, IV, 74). Die B. Vers. beantragte Verwerfung ohne Gegenantrag durch Schlussnahme vom 21. Juni 1900 (B. Bl. 1900, III, 669; St. B. X, 217, 303—334; 490—497), und die Abstimmung des Volkes und der Stände vom 4. Nov. 1900 entsprach diesem Antrag (B. Bl. 1900, IV, 775), indem das Initiativbegehren mit 270,522 St. gegen 145,926 und 14 gegen 8 Standesstimmen verworfen wurde.

II. Auslegung.

Bezüglich der *Wählbarkeit* in den B. R. vgl. Art. *75*.

Die Frage, welche Verbindung der Bundesratsmitglieder mit einem Kanton der 2. Satz vom Abs. 2 im Auge habe, diejenige des Bürgerrechts oder diejenige der Niederlassung, entscheidet Art. 5 des B. Ges. über die polit. und polizeil. Garantien, vom 23. Dez. 1851 (A. S. III, 33), zu gunsten des Bürgerrechts; bei mehrfachem Bürgerrecht entscheidet der Wohn-

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 133—134, 158, 181.
[2]) Absch. 1847, IV, S. 180—181, 275—276.
[3]) Prot. des N. R. 1872, S. 402, 406—411.
[4]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 46; der eidg. Räte, S. 174—175; 368.

sitz und in Ermangelung eines Wohnsitzes das Alter des Bürgerrechts. Die Bestimmung ist wiederholt in Art. 2 des B. B. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R., vom 21. Aug. 1878 (A. S. III, 480); vgl. Art. 1.

Wenn der N. R. vor Ablauf seiner dreijährigen Amtsdauer erneuert wird, nämlich im Falle des Art. 120 B. V., so ist auch der B. R. neu zu wählen; es sprechen dafür der Umstand, dass die gleiche Amtsdauer beider Behörden eben deshalb vorgeschrieben wurde, um die Zusammensetzung des B. R. durch gleichzeitige Erneuerung mit derjenigen des N. R. im Einklang zu erhalten, und ferner die Stellung des 2. Absatzes; der Satz, dass nach jeder Gesamterneuerung des N. R. auch eine Gesamterneuerung des B. R. stattfinden soll, der nach der Vorschrift der dreijährigen Amtsdauer kommt, stellt sich dieser gegenüber als eine Spezialvorschrift dar, die ihr im Falle des Widerspruchs derogiert[1].

Art. 97.

Die Mitglieder des Bundesrates dürfen keine andere Beamtung, sei es im Dienste der Eidgenossenschaft, sei es in einem Kantone, bekleiden, noch irgend einen andern Beruf oder Gewerbe treiben.

I. Geschichte.

Die Revisionskommission von 1848 beschloss in erster Beratung, dass die Mitglieder des B. R. keine andere bürgerliche Stellung oder Beamtung, sei es im Dienst der Eidgenossenschaft, sei es in einem Kanton, bekleiden dürfen, dagegen die Bekleidung einer militärischen Stelle nicht unvereinbar zu erklären, während der Entwurf von 1833 (Art. 71) die Unvereinbarkeit auf beide ausgedehnt hatte. Die in zweiter Beratung vorgelegte Redaktion erklärte aber jede Beamtung, und dazu jeden andern Beruf oder Gewerbe für unvereinbar[2].

Der Artikel wurde in der Tagsatzung ohne Diskussion angenommen; auf Anfrage *Genf*s erklärte der Redaktor *Druey*, nach seinem Dafürhalten solle ein Bundesrat auch kein militärisches Kommando innehaben, um der Gefahr einer Diktatur vorzubeugen[3].

II. Auslegung.

Das Verbot, neben dem Amte eines B. R. ein anderes eidgenössisches oder kantonales Amt zu bekleiden, bedarf keiner Erläuterung; weniger deutlich ist aber die Tragweite des Verbotes, einen andern *Beruf oder Gewerbe* zu betreiben. Zweck dieses Verbotes ist wohl nicht

---

[1]) *Blumer-Morel*, III, 86, scheint gl. A. zu sein.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 133, 134, 158, 182.
[3]) Absch. 1847, IV, S. 131, 276.

nur, die Mitglieder des Bundesrates zu verhalten, ihre ganze Arbeitskraft ihrem Amte zu widmen, sondern auch zu verhüten, dass sie ihre beruflichen Interessen in Konflikt bringen mit den Amtspflichten und sie der Fähigkeit, rein sachlich zu entscheiden, wirklich oder scheinbar berauben. Solche Interessengegensätze können aber nicht ganz vermieden werden, wenn den Bundesräten nicht jeder Vermögensbesitz verboten sein soll. Die finanzielle Beteiligung an einem Unternehmen ist nicht verboten, und m. E. auch nicht die Beteiligung am Unternehmergewinn oder -verlust, sofern der Betreffende nur am finanziellen Schlussresultat des Geschäftes interessiert und für die einzelnen abgeschlossenen Rechtsgeschäfte nicht verantwortlich ist; ein Bundesratsmitglied kann daher Aktionär und Kommanditär sein, nicht aber Kollektivgesellschafter; denn ein Kollektivgesellschafter, auch wenn er von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist, bleibt doch rechtlich an allen einzelnen Rechtsgeschäften beteiligt den andern Gesellschaftern und Dritten gegenüber (O. R. Art. 540, 564). Das gleiche sagt der B. B. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R. vom 21. Aug. 1878, indem er in Art. 4 den Mitgliedern des B. R. auch verbietet, einen Beruf oder Gewerbe durch andere Personen betreiben zu lassen; insofern damit die Ausübung auf eigene Rechnung, aber unter fremdem Namen gemeint ist, ist es selbstverständlich. — Art. 97 B. V. verbietet m. E. einem Mitglied des B. R. nicht, seinen Grundbesitz zu verwalten und zu bewirtschaften, sofern dies keine fortlaufende Tätigkeit erfordert. Vgl. die b. r. Verordnung über die Unvereinbarkeit anderweitiger Stellen und Berufe mit eidg. Anstellungen, vom 21. Febr. 1899 (A. S. XVII, 64).

Art. 98.

Den Vorsitz im Bundesrat führt der Bundespräsident, welcher, sowie auch der Vizepräsident, von den vereinigten Räten aus den Mitgliedern desselben für die Dauer eines Jahres gewählt wird.

Der abtretende Präsident ist für das nächstfolgende Jahr weder als Präsident noch als Vizepräsident wählbar. Das gleiche Mitglied kann nicht während zwei unmittelbar aufeinander folgenden Jahren die Stelle eines Vizepräsidenten bekleiden.

Die Bestimmung wurde mit redaktionellen Abweichungen durch die Revisionskommission von 1848, in Anlehnung an Art. 65 und 68, Abs. 2, des Entwurfes von 1833, aufgestellt; hier und in der Tagsatzung wurde lediglich über den Titel des Vorsitzenden diskutiert und der Antrag, ihn statt Bundespräsident Bundeslandammann, und seinen Stellvertreter Bundesstatthalter zu heissen, abgelehnt[1]).

[1]) Prot. der Revisionskommission, 132, 158, 182; Absch. 1847, IV, S. 132, 276.

«Bundespräsident» und «Bundesvizepräsident» sind beinahe die einzigen eidg. Amtstitel, die nicht das bekleidete Amt bezeichnen[1]. — Die B. V. sagt nicht, welche Befugnisse und Obliegenheiten der Vorsitz im B. R. umfasse; s. darüber Art. 103 und B. B. über die Organisation des B. R., vom 21. Aug. 1878, abgeändert am 28. Juli 1895, Art. 6, 7, 13, 22 (A. S. III, 480; XV, 188).

Art. 99.

Der Bundespräsident und die übrigen Mitglieder des Bundesrates beziehen einen jährlichen Gehalt aus der Bundeskasse.

Die Bestimmung wurde durch die Revisionskommission von 1848 in Übereinstimmung mit den Entwürfen von 1832 (Art. 78) und 1833 (Art. 73) aufgestellt und seither unverändert beibehalten[2].

Die Mitglieder des B. R. bezogen zuerst, auf Grund des Dekretes vom 15. November 1848, einen Gehalt von 5000 (alten) Schweizerfranken, der Präsident 6000 (A. S. I, 46)[3]. Diese Beträge wurden durch B. B. vom 30. Juli 1858 (A. S. VI, 59) für die Mitglieder auf Fr. 8500, für den Präsidenten auf Fr. 10,000 neuer Währung erhöht, und ferner durch B. B. vom 20. Juli 1872 (A. S. X, 942) auf Fr. 12,000 und 13,500; endlich durch den heute geltenden B. B. vom 22. Dez. 1899 (A. S. XVIII, 38) auf Fr. 15,000 und 17,000.

Art. 100.

Um gültig verhandeln zu können, müssen wenigstens vier Mitglieder des Bundesrates anwesend sein.

Der aus der ersten Beratung hervorgegangene Entwurf der Revisionskommission von 1848, der einen Bundesrat von 5 Mitgliedern vorsah, verlangte ein Quorum von 3 Mitgliedern.

Nachdem die Tagsatzung die Mitgliederzahl auf 7 erhöht hatte, musste auch das Quorum vermehrt werden. *Zürich* beantragte, das Quorum auf 4 festzusetzen, wogegen *St. Gallen* bemerkte, dass dann zwei Mitglieder die Majorität ausmachen, mithin über die wichtigsten Angelegenheiten definitiv entscheiden würden; *St. Gallen* schlug deshalb vor, bloss zu bestimmen, dass wenigstens 3 gültige Stimmen zu einem gültigen Beschlusse erforderlich seien, wenigstens wenn die Versamm-

---

[1]) Vgl. noch den Titel eines „Legationsrates“, der den Gesandtschaftssekretären 1. Klasse verliehen werden kann. Reglement des B. R. betr. das schweiz. Gesandtschaftspersonal, vom 10. Aug. 1904, A. S. XX, 120.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 134, 158, 182; Absch. 1847, IV, S. 133.

[3]) Das Wertverhältnis des alten Schweizerfrankens zum neuen war wie $1^1/_2$ zu 1 B. Ges. betr. den Reduktionsfuss, etc., vom 13. Dez. 1850; A. S. II, 161.

lung nicht vollzählig sei. Von anderer Seite wurde jedoch erwidert, in diesem Falle könnten drei gleichgesinnte Räte die zufällige Abwesenheit der anderen benutzen, um ihre Ansicht durchzusetzen; es sei wichtiger, dass wirklich vier Mitglieder an der Verhandlung teilnehmen. Die heutige Bestimmung wurde darauf angenommen, und in zweiter Beratung dahin erläutert, dass in der Zahl vier der Präsident inbegriffen sei, so dass der Präsident mit noch drei andern Mitgliedern des B. R. gültig verhandeln könne [1]).

Über die zur Beschlussfassung erforderliche Mehrheit sagt die B. V. nichts; dagegen bestimmt Art. 14 des B. B. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R., vom 21. Aug. 1878 (A. S. III, 480), dass bei allen Schlussnahmen die absolute Mehrheit der Anwesenden entscheidet, dass aber zur Zurücknahme eines gefassten Beschlusses eine Mehrheit von wenigstens vier Stimmen erforderlich ist.

Art. 101.

Die Mitglieder des Bundesrates haben in den Verhandlungen der beiden Abteilungen der Bundesversammlung beratende Stimme und auch das Recht, über einen in Beratung liegenden Gegenstand Anträge zu stellen.

Die Revisionskommission von 1848 beschloss in erster Beratung, dass die Bundesräte in der Bundesversammlung mitberaten können. Darauf wurde der Antrag gestellt, jedem Mitglied des B. R. das Vorschlagsrecht zu geben. Dagegen wurde aber das Bedenken erhoben, wenn jeder einzelne Bundesrat gegen den Willen seiner Kollegen Anträge stellen könnte, würde in der Behörde Zwiespalt entstehen. Überdies könnten die Bundesräte jederzeit, kraft ihres Mitberatungsrechts, ihre Vorschläge auf dem Wege der Motion an die Kammern bringen. Dieser Auffassung wurde aber widersprochen: die Mitglieder des B. R. wären nicht zugleich effektive Mitglieder der Nationalversammlung und hätten nicht das Recht, Motionen zu stellen. «Es liege ein wesentlicher Unterschied darin, ob das Recht eingeräumt werde, ein Gesetz vorzubereiten und zur Behandlung in die Kammer zu bringen, oder ob man nur die Befugnis habe, eine individuelle Ansicht auf dem Wege der Petition auszusprechen.» Es wurde darauf beschlossen, den einzelnen Bundesräten die Befugnis einzuräumen, in der Nationalversammlung nicht nur mitzuberaten, sondern auch Amendements zu stellen, nicht aber von sich aus ein Gesetzesprojekt in die Kammern einzubringen, und zwar auch dann nicht, wenn es vom Gesamtbundesrat nicht adoptiert worden sei. Der Artikel erhielt schon damals die heutige Fassung [2]).

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 158, 182; Absch. 1847, IV, S. 133, 276.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 136, 158, 182; Absch. 1847, IV, S. 133.

In der N. R. K. von 1873 schlug *Anderwert* den Zusatz vor: «Der B. R. ist befugt, in Spezialfällen seine Vertretung in den beiden Räten durch besondere Vollmacht an Bundesbeamte zu übertragen.» Es wurde aber bemerkt, wenn Fachmänner notwendig seien, sei es richtiger, sie zu den Kommissionalverhandlungen herbeizuziehen; der Vorschlag wurde verworfen[1]).

Aus der Entstehungsgeschichte wie aus dem Wortlaut der B. V., Art. 93 und 101, ergibt sich klar, dass das Vorschlagsrecht, d. h. das Recht, die B. Vers. zur Beratung über einen Gegenstand zu veranlassen, nur dem B. R. als Gesamtbehörde zusteht; dass aber das einzelne Mitglied an der Beratung über einen Gegenstand, mit dem die B. Vers. schon befasst ist, teilnehmen und dabei Anträge stellen kann. Es ist nun nicht ausgeschlossen, dass durch solche Anträge der Gegenstand der Beratung erweitert und verändert werde, dass somit ein einzelnes Mitglied des B. R. die Beratung auf ein Gebiet hinüberziehe, das der B. R. mit seinem Entwurf nicht berühren wollte. Die einzige Garantie, die es gegen solchen Missbrauch des Antragsrechts gibt, liegt in der Befugnis der B. Vers. selbst, auf Anträge, welche den Gegenstand der Beratung alterieren, nicht einzutreten.

Art. 102.

Der Bundesrat hat innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung vorzüglich folgende Befugnisse und Obliegenheiten:

1. Er leitet die eidgenössischen Angelegenheiten, gemäss den Bundesgesetzen und Bundesbeschlüssen.

2. Er hat für Beobachtung der Verfassung, der Gesetze und Beschlüsse des Bundes, sowie der Vorschriften eidgenössischer Konkordate zu wachen; er trifft zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde, soweit die Beurteilung solcher Rekurse nicht nach Art. 113 dem Bundesgerichte übertragen ist, die erforderlichen Verfügungen.

3. Er wacht für die Garantie der Kantonalverfassungen.

4. Er schlägt der Bundesversammlung Gesetze und Beschlüsse vor und begutachtet die Anträge, welche von den Räten des Bundes oder von den Kantonen an ihn gelangen.

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 46—47.

5. Er vollzieht die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse, die Urteile des Bundesgerichts, sowie die Vergleiche oder schiedsrichterlichen Sprüche über Streitigkeiten zwischen Kantonen.

6. Er hat diejenigen Wahlen zu treffen, welche nicht der Bundesversammlung und dem Bundesgerichte oder einer andern Behörde übertragen werden.

7. Er prüft die Verträge der Kantone unter sich oder mit dem Auslande und genehmigt dieselben, sofern sie zulässig sind (Art. 85, Ziffer 5).

8. Er wahrt die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen, wie namentlich ihre völkerrechtlichen Beziehungen, und besorgt die auswärtigen Angelegenheiten überhaupt.

9. Er wacht für die äussere Sicherheit, für die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz.

10. Er sorgt für die innere Sicherheit der Eidgenossenschaft, für Handhabung von Ruhe und Ordnung.

11. In Fällen von Dringlichkeit ist der Bundesrat befugt, sofern die Räte nicht versammelt sind, die erforderliche Truppenzahl aufzubieten und über solche zu verfügen, unter Vorbehalt unverzüglicher Einberufung der Bundesversammlung, sofern die aufgebotenen Truppen zweitausend Mann überschreiten oder das Aufgebot länger als drei Wochen dauert

12. Er besorgt das eidgenössische Militärwesen und alle Zweige der Verwaltung, welche dem Bunde angehören.

13. Er prüft die Gesetze und Verordnungen der Kantone, welche seiner Genehmigung bedürfen; er überwacht diejenigen Zweige der Kantonalverwaltung, welche seiner Aufsicht unterstellt sind.

14. Er sorgt für die Verwaltung der Finanzen des Bundes, für die Entwerfung des Voranschlages und

die Stellung der Rechnungen über die Einnahmen und Ausgaben des Bundes.

15. Er hat die Aufsicht über die Geschäftsführung aller Beamten und Angestellen der eidgenössischen Verwaltung.

16. Er erstattet der Bundesversammlung jeweilen bei ihrer ordentlichen Sitzung Rechenschaft über seine Verrichtungen, sowie Bericht über den Zustand der Eidgenossenschaft im Innern sowohl als nach aussen, und wird ihrer Aufmerksamkeit diejenigen Massregeln empfehlen, welche er zur Förderung gemeinsamer Wohlfahrt für dienlich erachtet.

Er hat auch besondere Berichte zu erstatten, wenn die Bundesversammlung oder eine Abteilung derselben es verlangt.

I. Geschichte.

Die *Entwürfe von 1832* (Art. 79—84) und *1833* (Art. 74—80) teilten die Befugnisse und Obliegenheiten des B. R. ein in allgemeine und in solche, die Bezug haben auf auswärtige Verhältnisse, auf innere Angelegenheiten, auf das Militärwesen und auf Finanzsachen, entsprechend den vorgesehenen vier Departementen des B. R.

Die *Revisionskommission von 1848*, welche diese Bestimmungen zur Grundlage ihrer Beratungen nahm, erklärte sich im allgemeinen damit einverstanden, gab aber den Redaktoren ins Bedenken, die einzelnen Geschäfte fortlaufend aufzuzählen und die Ausscheidung der Departemente dem Gesetze zu überlassen; auch wurde bemerkt, die Aufzählung erwähne nicht die neuen Attribute des Bundes, welche alle zusammengestellt werden müssen. Aus der Diskussion ist ein Antrag zu erwähnen, es solle der B. R. angehalten werden können, auch beim ausserordentlichen Zusammentritt der Kammern über gewisse Gegenstände Rechenschaft zu erteilen; trotzdem entgegnet wurde, das Amendement sei überflüssig, indem es allen Mitgliedern der Bundesversammlung freistehen müsse, den B. R. über beliebige Gegenstände zu interpellieren, beschloss die Kommission den Zusatz: «Ausserordentlich hat der B. R. Auskunft zu erteilen über einzelne Zweige der Verwaltung, so oft es der N. R. oder die Tagsatzung verlangt.»

Der Artikel erhielt darauf eine mit derjenigen von 1848 übereinstimmende Fassung mit Ausnahme einiger noch zu erwähnender Punkte[1]).

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 135, 158, 182—183.

In der Tagsatzung beantragte *Zürich*, im Eingange anzudeuten, dass nur die hauptsächlichsten Befugnisse des B. R. erwähnt seien, was ohne Diskussion beschlossen wurde; ferner, der Ziff. 2 beizufügen: «Er prüft und beurteilt in letzter Instanz alle Beschwerden, welche wegen Verletzung des Art. 39 der B. V. (Niederlassung!) gegen die Kantonalpolizei- und Verwaltungsbehörden erhoben werden.» Das Amendement wurde aber als unstatthaft bezeichnet, weil sonst überall, auch in anderer Beziehung, die Kompetenz des B. R., über Beschwerden gegen Kantonalbehörden zu entscheiden, vorgemerkt werden müsse; die Mehrheit sprach sich dagegen aus, nahm aber in 2. Beratung die Fassung der B. V. von 1848 an.

Die Befugnis des B. R., von sich aus zweitausend Mann Truppen auf die Dauer von 3 Wochen aufzubieten, wurde als für die kleinen Kantone gefährlich angefochten, aber ohne Erfolg. Der Antrag *Solothurns*, die Neutralität in Ziff. 8 nicht ausdrücklich zu erwähnen, wurde ebenfalls abgelehnt.

Art. 90 *der B. V. von 1848* lautete gleich wie heute Art. 102, ausser: *Ziff. 2*, wo die Worte «soweit die Beurteilung solcher Rekurse nicht nach Art. 113 dem B. Ger. übertragen ist», fehlten.

Ziff. 6, wo es hiess: «Er hat diejenigen Wahlen zu treffen, welche nicht durch die Verfassung der B. Vers. und dem B. Ger. oder durch die Gesetzgebung einer andern untergeordneten Behörde übertragen werden. — Er ernennt Kommissarien für Sendungen im Innern oder nach Aussen.»

Ziff. 13 a. E. lautete: «Er überwacht diejenigen Zweige der Kantonalverwaltung, welche durch den Bund seiner Aufsicht unterstellt sind, wie das Militärwesen, Zölle, Strassen und Brücken[1].»

Diese Veränderungen wurden beinahe ohne Diskussion 1872 und 1874 vorgenommen[2].

II. Auslegung.

Der Grundgedanke dieser Bestimmung leidet an einer ähnlichen Unklarheit wie derjenige von Art. 85. Art. 102 ist im wesentlichen bestimmt, die Kompetenzen zwischen dem B. R. und den anderen Bundesbehörden abzugrenzen; es ist aber nicht klar, ob er nicht auch Bestimmungen enthalte über das Verhältnis von Bund und Kantonen, z. B. in Ziff. 3, 5, 9, 10, und über das Verhältnis des B. R. zu den andern Verwaltungsbehörden, z. B. Ziff. 1, 6, 12, 15. Das Verhältnis des gesamten Bundesrates zu seinen Departementen ist dem Art. 102 dagegen fremd, denn es ist in Art. 103 geregelt; und was das Verhältnis von Bundes- und Kantonskompetenz betrifft, so sprechen die Worte des Eingangs: «innert den Schranken der gegenwärtigen Verfassung» eher gegen eine solche Auslegung. Im übrigen aber darf man hier, so wenig wie bei Art. 85, von der Voraussetzung einer streng logischen Stoffanordnung ausgehen.

---

[1]) Im Eingang des Artikels stand statt „innert den Schranken", „*inner* den Schranken"; und in Ziff. 1 „gemäss *der* Bundesgesetze" statt „gemäss *den* Bundesgesetzen".

[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 226; des N. R. 1872, S. 403, 560, 566, 583. Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 176, 363.

Ziff. 1 wiederholt den in Art. 71, 85, Ziff. 11, und 95, bereits enthaltenen Gedanken, dass der B. R. die handelnde Behörde ist, dass er sich aber in seiner Geschäftsführung an die Beschlüsse der gesetzgebenden Behörde halten soll. Über die grundsätzliche Kompetenzausscheidung zwischen B. Vers. und B. R. vgl. Art. 71 und Art. 95; über diejenige zwischen B. R. und anderen Verwaltungsbehörden, unten Ziff. 15.

Ziff. 2. Der 2. Satz dieser Ziffer ist die Ausführung des ersten: der B. R. wacht für Beobachtung der Verfassung, der Gesetze etc., indem er zur Handhabung derselben von sich aus oder auf eingegangene Beschwerde die erforderlichen Verfügungen trifft.

a. Die Bestimmung gibt keine endgültige Antwort auf die Frage, *welche Beschwerden* über Verletzung von Verfassung, Gesetzen, Bundesbeschlüssen oder eidg. Konkordaten *vom B. Ger. und welche vom B. R. zu beurteilen sind.* Was die Beschwerden über Verletzung verfassungs- und konkordats- oder vertragsmässiger Rechte der Bürger betrifft, so behält sie Art. 113, Ziff. 3, der Kompetenz des B. Ger. vor, unter Vorbehalt der durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden *Administrativstreitigkeiten.* Die B. V. überlässt es also der Gesetzgebung, zu bestimmen, welches diese Administrativstreitigkeiten sein sollen, und sie verlangt m. E., eben weil sie kein Kriterium aufstellt, auch nicht, dass irgend welche Streitigkeiten als administrative vom B. R. zu beurteilen seien. Der Vorbehalt des Art. 113 entstand deshalb, weil man bei der Beratung des Artikels der Ansicht war, gewisse Beschwerdegegenstände seien mehr administrativer als gerichtlicher Natur; man wollte aber diese Ausscheidung in der B. V. selber nicht vornehmen und verwies deshalb auf das Gesetz. Die Verfassung setzt also allerdings voraus, dass es solche Administrativstreitigkeiten geben werde, sie schreibt es aber nicht vor[1]; sie will bloss bemerken, dass die Kompetenz des B. Ger. in dieser Materie keine ausschliessliche zu sein braucht, sondern durch Gesetz eingeschränkt werden kann. Das Gesetz kann die Einschränkung aber auch ganz fallen lassen[2].

Art. 113 erwähnt dagegen keine Beschwerden über Verletzung von Bundesgesetzen oder -beschlüssen; trotzdem soll der B. R. nicht über die Verletzung aller Bundesgesetze oder -beschlüsse von sich aus oder auf Beschwerde einschreiten können, wie schon aus den zivil- und strafrechtlichen Kompetenzen des B. Ger. hervorgeht. Die Verfassung wollte es auch hier der Gesetzgebung überlassen, zu entscheiden, welche Beschwerden an das B. Ger. und welche an den B. R. zu richten seien und wann überhaupt eine Beschwerde (namentlich im Gebiete des Verwaltungsrechts) zulässig sei.

b. Ziff. 2 bezieht sich lediglich auf Beschwerden *gegen kantonale Behörden.*

Unter der B. V. konnten laut Art. 74, Ziff. 15, Kantone und Bürger über Verfügungen des B. R. bei der B. Vers. Beschwerde führen; die so allgemein lautende Bestimmung wurde aber durch die Praxis einge-

---

[1]) Ähnliche unverbindliche Voraussetzungen finden sich in Art. 42, oben S. 378; Art. 58, Abs. 1, S. 585; Art. 85, Ziff. 1 und 6, S. 739, 746; vgl. Art. 15, S. 170.

[2]) Gl. A. v. *Salis,* in seinem Bundesrecht, II, S. 92; *Speiser,* ibid., S. 94. A. A.: *Hafner,* Motive zu seinem Entwurf eines O. G., Bern 1888, S. 141; auch in *Salis,* I, S. 748. *Schoch,* Zeitschrift, V, 1886, 552.

schränkt auf Rekursentscheide des B. R. über Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch kantonale Behörden und auf Beschwerden gleicher Art gegen Verfügungen des B. R. selbst, letztere waren aber selten (vgl. oben S. 785). Die B. Vers. verfuhr übrigens wenig konsequent; betr. Ausschluss der Beschwerden wegen Gesetzesverletzung durch den B. R. vgl. *Ullmer,* I, Nr. 368, 369, 434; II, Nr. 982, 938, 939, 1019, 1084; betr. Rekurse gegen verfassungswidrige b. r. Verfügungen: Rekurs Massip betr. Pulverregal (B. Bl. 1866, I, 258; II, 807 ff.); Rekurs der Kte Bern und Basel betr. Kosten der Anschaffung von Lafetten (B. Bl. 1868, I, 207 ff.); Rekurs Fuchs betr. Aufhebung der Naturalisierung eines Ausländers (B. Bl. 1871, II, 900; III, 91, 99); Rekurs des Kts Tessin betr. seine Kosten anlässlich des Einfalls der Bande Nathan in Italien (B. Bl. 1872, I, 72; II, 586); Rekurs (oder Gesuch) der Gem. Bolligen betr. Besteuerung von eidg. Grundbesitz (B. Bl. 1872, I, 673); Rekurs Mermillod betr. Ausweisung aus der Schweiz (B. Bl. 1873, III, 301, 409, 443, 451). Die Kompetenz der B. Vers. ist nirgends erörtert.

Wegen angeblicher Gesetzesverletzung rekurrierte die Ligne d'Italie betr. Erloschenerklärung einer Eisenbahnkonzession durch den B. R., die St. R. K. erklärte, der B. R. sei dazu kompetent gewesen, selbstverständlich bleibe aber der Rekurs an die B. Vers. vorbehalten, falls sein Beschluss materiell nicht gerechtfertigt wäre (B. Bl. 1872, III, 891; 1873, I, 259, 273)[1]).

Nachdem der N. R. bei der Verfassungsrevision von 1872 die Entscheidung von Beschwerden über Verletzung verfassungsmässiger Rechte dem B. Ger. zugewiesen hatte, schlug die zur Berichterstattung aufgeforderte Kommission vor, in Art. 80 (= 85 von heute) die Ziff. 13 und 15 folgendermassen als Ziff. 14 zusammenzufassen:

«Soweit diese Gegenstände nicht in die Befugnisse des B. Ger. gelegt sind:

a. Beschwerden von Kantonen oder Bürgern über Beschlüsse oder Verfügungen des B. R.

b. Kompetenzstreitigkeiten zwischen Bundesbehörden.»

was vom N. R. angenommen wurde[2]).

Im St. R. bemerkte der Berichterstatter *Blumer* zu Art. 80, Ziff. 13, die Kommission wolle hier eine andere «Redensart» als diejenige des N. R., nämlich: «Beschwerden gegen Entscheidungen des B. R. in den ihm nach Art. 113 zugewiesenen Administrativstreitigkeiten», was der St. R. nach Erledigung des Art. 113 auch beschloss[3]); der N. R. stimmte darauf auch zu, und später wurde die Frage nicht mehr diskutiert.

Es ergibt sich aus dieser Entstehungsgeschichte, dass sich die beiden Räte die Frage nicht vorgelegt haben, ob auch gegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch den B. R. bei der B. Vers. Beschwerde geführt werden könne, sonst hätten sie nicht die Fassung des St. R. als eine bloss redaktionelle Änderung auffassen können; eben die Aufnahme dieser Fassung zeigt, dass auch der N. R. nicht an jene Art von Beschwerden gedacht hatte. Art. 74, Ziff. 15, der Verfassung von 1848 wurde zu gunsten einer anderen Bestimmung aufgehoben, welche das Rekurs-

[1]) Vgl. über diese Praxis *mein* gedrucktes Gutachten i. S. Spähni, Bern 1905. Ferner: *Ott,* La Justice administrative fédérale, Diss., Lausanne 1904, p. 22.
[2]) Prot. des N. R. 1872, S. 521.
[3]) Bulletin des St. R. 1872, S. 405, 483.

recht gegen den B. R. an die B. Vers. ausschliesst. — Nimmt man nämlich die Verfassungstexte, wie sie heute lauten, so kann aus den Art. 85, Ziff. 12, Art. 102, Ziff. 2, und Art. 113, Ziff. 3, unmöglich gefolgert werden, sie gestatten den Rekurs an die B. Vers. wegen Verletzung verfassungsmässiger Rechte durch den B. R. Denn Art. 113 unterscheidet zwischen Beschwerden, die an das B. Ger. und solchen die *an* den B. R. zu richten sind; es können also mit den dort vorbehaltenen Administrativstreitigkeiten nicht Beschwerden gemeint sein, die sich *gegen* den B. R. richten; und Art. 85, Ziff. 12, erwähnt ausdrücklich nur diese Administrativstreitigkeiten als an die B. Vers. weiterziehbar. Dass Art. 113 unter Administrativstreitigkeiten auch nicht solche versteht, die gegen eine untergeordnete eidg. Verwaltungsbehörde an den B. R. gerichtet werden (welche dann nach Art. 85, Ziff. 12, in zweiter Instanz an die B. Vers. weitergezogen werden könnten), ist wohl selbstverständlich; denn Art. 113 erörtert die Kompetenzausscheidung zwischen B. R. und B. Ger., und zwar nach dem Gegenstand der Streitigkeit, nach der Art des verletzten Rechts; solche Beschwerden sind offenbar alle an die vorgesetzte Verwaltungsbehörde, den B. R. zu richten.

Das Rekursrecht gegen verfassungswidrige Verfügungen des B. R. kann auch nicht aus allgemeinen Grundsätzen gefolgert werden.

Das Verhältnis der vollziehenden zur gesetzgebenden Behörde, wie es sich aus den Art. 71, 85 und 95 ergeben, gestattet m. E. nicht, ohne ausdrückliche Ausnahme, eine Verfügung des B. R. im Beschwerdeweg der Kontrolle der B. Vers. zu unterstellen, auch wenn es sich um die Verletzung verfassungsmässiger Rechte handelte; es könnte sonst jede Verfügung des B. R. aus irgend einem Grund an die B. Vers. weitergezogen werden, z. B. wegen Willkür (Art. 4), was die B. V. sicher nicht gestatten wollte. Endlich sei bemerkt, dass die Gesetzgebung ein solches Rekursrecht nirgends geregelt hat in bezug auf Fristen, Gegenstand, Suspènsiveffekt, wie es bezüglich der Rekurse gegen *kantonale* Entscheide durch Art. 178 ff. O. G. geschehen, was doch zur Ausübung eines solchen Rechtes unbedingt notwendig wäre[1]).

Aus ähnlichen Gründen sind auch Beschwerden über *Gesetzesverletzungen* durch den B. R. oder untergeordnete Verwaltungsbehörden nicht Administrativstreitigkeiten i. S. von Art. 102, Ziff. 2, und 85, Ziff. 12; dass aber die Gesetzgebung und die Praxis solche Beschwerden tatsächlich zulassen, wurde an letzter Stelle bemerkt.

c. Es fragt sich endlich, wann der B. R. als vollziehende Behörde *von Amtes wegen* einzuschreiten und wann er (oder das B. Ger.) als Rekursbehörde *bloss auf Beschwerde hin* zu entscheiden habe. Hat der B. R. von Amtes wegen gegen die Verletzung einer Verfassungs-

---

[1]) *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 141. *Blumer-Morel,* III, S. 66, und das Gutachten der Bundesrichter *Morel, Lienhard* und *Leo Weber* betr. Verwaltungsgerichtsbarkeit bei *Salis,* II, S. 104. *Vogts* Referat über den gleichen Gegenstand, in Zeitschr. XVI, 1897, S. 821. *Schollenberger,* Kommentar, S. 516. Vgl. *Hafner,* Motive zum Entwurf eines O. G., Bern 1888; angeführt in *Salis,* I, S. 746, wo richtig bemerkt ist, dass ein Rekurs gegen den B. R. an das B. Ger. nicht möglich ist. *v. Salis* hat die Ansicht, dass gegen verfassungswidrige b. r. Verfügungen der Rekurs an die B. Vers. offen stehe, in einem gedruckten Gutachten i. S. Spähni vom 11. Januar 1905 ausgeführt; er begründet seine Ansicht namentlich damit, dass dieses Recht, das bis 1874 bestanden habe, weder durch die neue B. V. noch durch das O. G. habe abgeschafft werden wollen; die Rekurssache ist vor der B. Vers. hängig. Vgl. dagegen *mein* Gutachten i. gl. Sache.

bestimmung einzuschreiten, so muss er sich selbst über angebliche Verletzungen der Verfassung sichere Kunde verschaffen, die Verletzung feststellen und zu ihrer Abhülfe Verfügungen treffen. Eine eigentliche Beschwerde der verletzten Personen gibt es nicht, weil der B. R. auf die glaubhafte Mitteilung jeder Person über eine Verfassungsverletzung einschreiten muss und zu jeder Zeit, solange die Verfassungswidrigkeit dauert. Hat der Bundesrat nur auf Beschwerde hin zu entscheiden, so wird die Frage erst durch Beschwerde hängig gemacht, d. h. durch ein in regelrechter Form seitens einer rekursberechtigten Person angebrachtes Gesuch um Aufhebung der verfassungsverletzenden kantonalen Verfügung. Die Behörde entscheidet dann über den Rekurs zu Handen des Rekurrenten, während sie im ersten Fall der verfügenden kantonalen Behörde den Befehl erteilt, die Verfügung aufzuheben, ohne an die Begehren der Gesuchsteller gebunden zu sein. In der Wirkung kommt aber ein solches Gesuch, das rechtlich eine blosse Anzeige ist, für den Verletzten auf das Gleiche heraus, wie die Beschwerde; denn wenn er eine Verfassungsverletzung nachweist, so muss die Behörde einschreiten; nur hat er keinen Anspruch auf ausdrückliche Entscheidung der in seinem Gesuch aufgeworfenen Rechtsfrage, m. a. Worten, der B. R. braucht nur dann eine Verfügung zu treffen, wenn er die B. V. wirklich verletzt glaubt.

Es ist klar und durch das O. G. bestätigt, dass von Amtes wegen nur der B. R., nicht das B. Ger., einschreiten kann. Nach Art. 102, Ziff. 2, scheinen nun beide Verfahren miteinander konkurrieren zu sollen; bei näherer Betrachtung erweist sich dies aber als unannehmbar.

Wird die B. V. verletzt durch eine *individuelle Entscheidung* oder *Verfügung* einer kantonalen Behörde, bei der Anwendung objektiven Rechtes auf den einzelnen Fall, und ist gegen die Verletzung der in Frage kommenden Verfassungsbestimmung ein Rekurs gegeben an das B. Ger. oder an den B. R., so kann m. E. der B. R. als vollziehende Behörde nicht gegen die gleiche verfassungswidrige Verfügung von Amtes wegen einschreiten, sonst hätte die Beschränkung der Anfechtbarkeit der Verfügung auf gewisse Personen, auf eine bestimmte Frist, wie sie mit dem Beschwerderecht verbunden ist, keinen Sinn. Wenn die Verfügung nicht rechtzeitig in formell gültiger Weise angefochten wird, soll sie in Rechtskraft erwachsen, d. h. unanfechtbar sein; gestattet man aber dem B. R. und verpflichtet man ihn, *jederzeit* verfassungswidrige Verfügungen aufzuheben, so kann eine kantonale Verfügung nie gegen behauptete Verfassungswidrigkeit unanfechtbar werden; dass sie während der Rekursfrist nicht von Amtes wegen aufgehoben werden kann, bedarf wohl keines Beweises.

Ob es sich um ein solches Individualrecht handle, auf dessen Geltendmachung im Einzelfall verzichtet werden könne oder nicht, wie bei politischen Rechten (vgl. oben S. 37 ff.), kommt hier nicht in Betracht. Das Verstreichenlassen der Rekursfrist ist nicht als ein präsumtiver Verzicht auf die Geltendmachung des Rechtes aufzufassen, sondern als eine im Interesse der Rechtssicherheit aufgestellte Vorschrift. Ob die gleiche Sache später durch eine neue Beschwerde bei der Rekursbehörde neuerdings anhängig gemacht werden kann, ist eine Frage der Rechtskraft; sicher aber ist m. E., dass die durch die Rekursbehörde letztinstanzlich einmal entschiedene oder wegen Ablaufes der Rekursfrist

rechtskräftig gewordene kantonale Verfügung nicht noch Gegenstand einer Offizialverfügung des B. R. werden kann. Will der Gesetzgeber die Möglichkeit, dass eine verfassungswidrige Verfügung unanfechtbar werde, unter allen Umständen ausschliessen, so darf er sie nicht dem Beschwerdeverfahren, er muss sie ausschliesslich dem Offizialverfahren unterstellen. Das O. G. hat sich diese Frage offenbar nicht deutlich vor Augen gestellt, als es in Art. 175 und 189 die Rekursgegenstände aufzählte; vgl. z. B. die Erwähnung der Art. 51 und 53, Abs. 2, der B. V.[1]; und auch der B. R. hält die beiden Verfahren nicht streng auseinander. Über Art. 53, *Abs. 2,* vgl. B. R. B., 20. Juni 1898, i. S. Denkinger (B. Bl. 1898, III, 874); *Salis,* III, Nr. 1057; 13. Nov. 1900, i. S. Einwohnergem. Biel (B. Bl. 1900, IV, 612) (verspäteter Rekurs!); *Salis,* III, Nr. 1056; ferner B. Bl. 1902, III, 946; 1900, IV, 584.

Über Art. 52 (und 27) vgl. B. R. B., 21. Okt. 1897, i. S. Lehuédé (B. Bl. 1897, IV, 515); 19. Aug. 1902, betr. franz. Orden und Kongregat. (B. Bl. 1902, IV, 247; 1904, II, 357; 1903, III, 415). *Salis,* I, Nr. 249. Über Art. 58, B. Ger. II, 204; *Ullmer,* I, Nr. 295.

Der B. R. kann somit von Amtes wegen nicht eine verfassungswidrige kantonale Verfügung aufheben, die auf dem Rekurswege anfechtbar ist oder war; er kann aber m. E. zur Vermeidung zukünftiger ähnlicher Verfassungsverletzungen von sich aus die geeigneten Verfügungen treffen, z. B. gegen eine kantonale Behörde, die eine Vorschrift konsequent missachtet oder ein verfassungswidriges kantonales Gesetz anwendet.

Schwieriger ist das Verhältnis von Offizial- und Beschwerdeverfahren bei verfassungswidrigen *allgemeinen Erlassen* der Kantone, allgemein verbindlichen Rechtsnormen oder Bestimmungen über Errichtung oder Organisation öffentlicher Behörden oder Anstalten. Wäre bloss an Hand der B. V. zu entscheiden, so könnte es sich fragen, ob die eigentliche Beschwerde des Verletzten zu beschränken wäre auf Fälle verfassungswidriger Einzelverfügungen, die Prüfung der Verfassungsmässigkeit kantonaler objektiver Rechtsnormen als solcher aber vorzubehalten der vollziehenden Behörde im Offizialverfahren. Der B. R. hätte dann die Prüfung solcher Gesetze, auf genügende Veranlassung hin, vorzunehmen, wie er kraft besonderer Verfassungsbestimmung die Niederlassungsgesetze und die Pressgesetze prüft, mit dem blossen Unterschied, dass die Kantone diese letzteren Gesetze dem B. R. vorzulegen haben und dass der B. R. sich über die Verfassungsmässigkeit jedes einzelnen auszusprechen hat. Es würde dadurch erreicht, dass ein verfassungswidriger kantonaler Erlass jederzeit könnte aufgehoben werden. Nun ist aber nach Art. 178, Ziff. 1, des O. G. vom 22. März 1893 der Rekurs an das B. Ger. oder den B. R. zulässig sowohl gegen allgemeine Erlasse wie gegen Einzelverfügungen. Das B. Ger. oder der B. R. können also durch einen Rekurs veranlasst werden, zu entscheiden, ob ein solcher Erlass nicht ein verfassungsmässiges Individualrecht verletze. Soll daneben der B. R. als vollziehende Behörde die Aufhebung eines solchen Gesetzes von sich aus verfügen können?

Nach der Praxis kann die Rekursbehörde den rechtzeitig angefochtenen Erlass selbst aufheben bezw. die kantonale Behörde zur Auf-

[1] Vgl. indessen die Äusserungen von *Hafner* in seinen Entwurfsmotiven, bei *Salis,* I, S. 754, und des B. R. in seiner Botschaft vom 5. April 1892; *ibid.,* S. 757.

hebung verurteilen; es mag dahingestellt bleiben, ob diese Wirkung der Natur eines Rechtspruches entspricht. Trotz dieser Möglichkeit vollständiger Aufhebung im Rekurswege bleibt es fraglich, ob nach Abweisung eines Rekurses durch die Rekursbehörde nach unbenütztem Ablauf der Rekursfrist, der Erlass als solcher unanfechtbar ist. Es würde damit der vollziehenden Bundesbehörde unmöglich gemacht, die Quelle und Ursache fortwährender Verfassungsverletzungen zu zerstören. Dass diese Befugnis durch Art. 102, Ziff. 2, B. V. gewollt war, ist mir nicht zweifelhaft; fraglich ist aber, ob sie auch mit dem System des O. G. vereinbar ist. Dagegen spricht namentlich die Erwägung, dass sonst die Rekursfrist keinen Sinn mehr hätte und dass zwei verschiedene Behörden über die gleiche Frage zu entscheiden hätten und möglicherweise widersprechend entscheiden würden. Tatsächlich würde diese, nach positivem Recht richtige Auslegung so grosse Nachteile nicht haben, weil die kantonale Behörde gewöhnlich einen allgemeinen Erlass aufhebt, auch wenn er nur in einem Anwendungsfalle durch die Rekursbehörde verfassungswidrig erklärt wurde.

Endlich sei bemerkt, dass nur Rekursentscheidungen des B. R. an die B. Vers. weitergezogen werden können, nicht aber Verfügungen, die er gegenüber Kantonen von Amtes wegen trifft; solche Verfügungen gehören der Verwaltung, nicht der Rechtsprechung des B. R. an.

d. Insofern der erste Teil der Bestimmung sich auf die spontane Tätigkeit des B. R. bezieht, drückt er einen ähnlichen Gedanken aus wie Ziff. 5; während aber hier die vollziehende Funktion des B. R. gegenüber der gesetzgebenden der B. Vers. betont ist, will Ziff. 2 den B. R. verhalten, das Bundesrecht oder das Konkordatsrecht gegenüber den Kantonen zur Geltung zu bringen.

Die *Konkordate* sind wohl nur stehen geblieben, weil man der veränderten Organisation der Bundesbehörden nicht genug Achtung schenkte. Unter dem Bundesvertrag von 1815 hatte allerdings die Tagsatzung über Anstände betr. eidg. Konkordate zu entscheiden; heute aber, wo die Konkordate einfachen Verträgen unter Kantonen gleichgestellt sind, hat das B. Ger. die Streitigkeiten darüber zu entscheiden (Art. 110, Ziff. 3, u. 113, Ziff. 2), und der B. R. hat bloss das b. ger. Urteil zu vollziehen; das Konkordat selbst hätte er nur in dem seltenen Fall zu vollziehen, wo ein Kanton sich weigerte, es zu beobachten, ohne seine Rechtspflicht zu bestreiten [1]).

Ziff. 3. Der B. R. hat ohne Zweifel dafür zu sorgen, dass die Kantone die ihnen durch Art. 6 B. V. auferlegte Garantiepflicht erfüllen und für ihre neuen Verfassungen oder Verfassungsteile die Gewährleistung der B. Vers. nachsuchen. Art. 102, Ziff. 3, wollte aber wohl auch auf die materielle Garantie der kantonalen Verfassungen verweisen [2]); bei Art. 85, Ziff. 7, ist bemerkt worden, wann der Bund in die Lage kommen könnte, wegen Umsturz der kantonalen Verfassung einzuschreiten. Es kann sich noch fragen, ob der B. R., in Anwendung von Art. 102, Ziff. 2 oder 3, wegen Verletzung der Kantonsverfassung von Amtes wegen eingreifen

---

[1]) Vgl. *Vogt,* Zur Revision der Lehre von den eidg. Konkordaten; Zeitschrift des bernischen Juristenvereins, I, 201. *Ders.,* Das eidg. Rekurswesen und dessen Reform; Zeitschr. des bernischen Juristenvereins, IV, 43 ff.

[2]) A. A. der B. R. B. vom 12. Juli 1904 i. S. Gemeinderat Baden, B. Bl. 1904, IV, 745.

kann. Wegen Missachtung eines durch die Kantonsverfassung garantierten Individualrechtes steht dem Verletzten der Rekurs an das B. Ger. offen gemäss Art. 113 B. V. und O. G. Art. 175; zum Schutze der gleichen Rechte kann der B. R. nicht auch noch von Amtes wegen einschreiten. Er könnte aber berufen sein, dies zu tun, wenn diejenigen Vorschriften der Kantonsverfassung, die keine Individualrechte begründen, ausser acht gelassen oder offenbar vergewaltigt werden. M. E. hat aber die Garantie der Kantonsverfassungen, wie sie in Art. 5, 85, Ziff. 7 und 8, und Art. 102, Ziff. 3, ausgedrückt ist, diesen weitgehenden Sinn nicht; die B. V. gewährleistet den Bürgern ihre verfassungsmässigen Rechte, sie trifft Vorsorge, dass die kantonale Verfassung nicht umgestossen oder ordnungswidrig abgeändert werde (Art. 6), sie setzt aber keine ständige eidg. Kontrolle über die obersten kantonalen Behörden ein.

Ziff. 4. Betr. das Vorschlagsrecht vgl. Art. 93, 101. Die Begutachtung wird wohl von der Verfassung nicht zwingend vorgeschrieben; vgl. Art. 102, Ziff. 16, Abs. 2.

Ziff. 5. Der Satz, dass der B. R. die Bundesgesetze und Bundesbeschlüsse vollzieht, erleidet insofern eine Einschränkung, als auf manchem Gebiete die Kantone von Verfassungs oder Gesetzes wegen mit der Vollziehung betraut sind unter Oberaufsicht des B. R. Vgl. Art. 20, 23, 24, 25, 27 und 27 bis, 32 bis, Abs. 4, 37, 40, 43, Abs. 6, 48, 50, Abs. 4, 51, 52, 53, Abs. 2, 54, 55, Abs. 2, 64 und 64 bis, 66, 68, 69, 69 bis; unter Vollziehung versteht die Verfassung nicht die Rechtsprechung in Anwendung von Bundesgesetzen, die in der Regel dem B. Ger. zusteht; und endlich ist zu bemerken, dass die Verwaltung des B. R. nicht bloss in der s. z. s. mechanischen Vollziehung der Befehle des Gesetzgebers besteht, sondern, wo sie positive Resultate anstrebt, vielmehr in der Verfolgung dieser Resultate gemäss dem B. Ges. Vgl. Ziff. *12*[1]).

Die *Vollziehung der Urteile des B. Ger.* ist durch Art. 45 O. G. wie folgt geregelt: «Die Kantone sind verpflichtet, die Entscheidungen der mit der Bundesrechtspflege betrauten Behörden[2]) in gleicher Weise zu vollziehen, wie die rechtskräftigen Urteile ihrer Gerichte. — Wegen mangelhafter Vollziehung kann beim B. R. Beschwerde erhoben werden. Der B. R. trifft die erforderlichen Verfügungen.» Besteht zwischen einer Partei und der vollziehenden Behörde Meinungsverschiedenheit über den Sinn eines zivilrechtlichen Urteils, so mag die Partei das B. Ger. um Erläuterung ersuchen; Art. 197, 198 des B. Ges. über das Verfahren beim B. Ger. bei bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten, vom 22. Nov. 1870 (A. S. II, 123); O. G. Art. 99; B. Ger. XIV, 421; besteht eine Meinungsverschiedenheit zwischen der kantonalen Vollziehungsbehörde und dem B. R., so entscheidet wohl dieser allein. Dasselbe gilt gemäss Art. 188 O. G. für staatsrechtliche Entscheidungen des B. Ger. Bei straf- und staatsrechtlichen Urteilen ist ein Erläuterungsgesuch der Parteien an

---

[1]) *Jellinek,* Das Recht des modernen Staates, I, 565; womit aber nicht zugegeben sein soll, dass es eine freie, d. h. durch keine Rechtssätze normierte Verwaltungstätigkeit gebe, wie auch *Schollenberger,* Kommentar, S. 92, annimmt.

[2]) Nämlich auch diejenigen der B. Vers. und des B. R. selbst; *Vogt,* Zur Tessinerfrage, S. 34. Vgl. einen Fall von Weigerung der kantonalen Regierung, einen b. r. Rekursentscheid zu vollziehen. B. R. B. vom 15. Januar 1866 i. S. Patriot. Verein Basellandschaft. B. Bl. 1866, III, 139.

das Gericht nicht vorgesehen, und es wird auch schwerlich ein strafgerichtliches Urteil der Erläuterung bedürfen; eventuell liegt Grund zu Kassation vor; vgl. Bundesstrafprozess vom 27. Aug. 1851 (A. S. II, 773), Art. 125 und 135, und O. G. Art. 142, 144, 145, 163.

Der B. R. scheint in einem Beschluss vom 3. Sept. 1901 i. S. Kolly (B. Bl. 1901, IV, 217) den Satz aufzustellen, ein Urteil, welches die Nichtigkeit einer kantonalen Verfügung ausspreche, könne, weil bloss negativen. Inhalts, nicht vollstreckt werden; richtiger ist es, zu sagen, solche Urteile können insofern vollstreckt werden, als das Verbot, das sie enthalten, durch äussere Handlungen verletzt werden kann, z. B. durch offene oder verdeckte Ausführung der aufgehobenen Verfügung. Über die Vollziehbarkeit eines Feststellungsurteils a. B. R. B. vom 23. Mai 1905 i. S. Benninger (B. Bl. 1905, IV, 125).

Die *Vergleiche und schiedsrichterlichen Sprüche über Streitigkeiten zwischen Kantonen* wurden wohl in Erinnerung an § V des Bundesvertrages von 1815 (vgl. die Art. 21 und 36 der Mediationsverfassung) aufgenommen, wo ein schiedsgerichtliches Verfahren vorgesehen war, in welchem der Streit entweder durch Vermittlung auszugleichen oder nach den Rechten zu entscheiden war. Der Entwurf von 1833 bestimmte demgemäss in Art. 75, lit. *d*: «Er vollstreckt Vergleiche, welche unter eidg. Vermittlung stattgefunden haben, schiedsrichterliche Sprüche über Streitigkeiten zwischen Kantonen, sowie die Urteile des B. Ger.» Heute sind die Kantone der Gerichtsbarkeit des B. Ger. unterstellt (Art. 110, Ziff. 3, und 113, Ziff. 2). Haben sie ihren Streit freiwillig einem Schiedsgerichte unterbreitet, so kann der obsiegende Kanton den B. R. um Vollziehung angehen; wenn aber unter den Kantonen wiederum Streit über die Auslegung des schiedsgerichtlichen Urteils entsteht, so hat m. E. das B. Ger. zu entscheiden[1]). Auch bei der vertraglichen Beilegung eines Streites durch *Vergleich* kann der B. R. nur dann in den Fall kommen, die Vollziehung zu verfügen, wenn die Parteien über die Auslegung des Vergleiches einig sind, und dann wird es seiner Verfügung kaum bedürfen.

Ziff. 6. Über die Wahlen der B. Vers. vgl. Art. 85, Ziff. 4; über die Wahlen des B. Ger. vgl. Art. 7 und 10 des O. G. Unzweifelhaft kann die Wahl von Beamten durch Gesetz oder B. B. einer anderen Verwaltungsbehörde übertragen werden, wie es das B. Ges. betr. die Erwerbung und den Betrieb von Eisenbahnen vom 15. Okt. 1897 (A. S. XVI, 553) in ausgedehntem Masse getan hat. Ebenso B. Ges. über das Zollwesen, vom 28. Juni 1893 (A. S. XIII, 692), Art. 50; B. G. über die schw. meteorologische Zentralanstalt, vom 27. Juni 1901, Art. 4 (A. S. XVIII, 786); B. B. betr. Abänderung desj. vom 27. Juni 1890 über die Errichtung eines schweiz. Landesmuseums, vom 21. Juni 1902 (A. S. XIX, 247); das vom Volk verworfenene B. Ges. über die Errichtung einer schweiz. Bundesbank, vom 18. Juni 1896, Art. 32 (B. Bl. 1896, III, 681). Art. 102, Ziff. 6, hindert den B. R. aber auch nicht, seine Kompetenz untergeordneten Behörden zu delegieren, z. B. seinen Departementen, wie dies z. B. durch Verordnung über den Geschäftsgang der eidg. Postverwaltung, vom 26. Nov. 1878,

[1]) Auch wenn der B. R. selbst das Schiedsgericht bestellt hat; Beispiel in B. Bl. 1901, I, 887.

[2]) *Escher,* Schweiz. Bundesbeamtenrecht, Diss., Zürich 1903, 33 f.

abgeändert den 22. März 1892 (A. S. III, 627; XII, 682), Art. 3, bezüglich der sog. Bediensteten geschehen ist[1]); Regulativ betr. Anstellung und Besoldung der Sicherheitswachen der Gotthardbefestigung, vom 27. Febr. 1900 (A. S. XVIII, 21); provisorische Anstellungen durch die Departemente auf höchstens 6 Monate gestattet der B. R. B. vom 2. April 1878 (A. S. III, 393), vgl. *Art. 85, Ziff. 3.*

Ziff. 7 vgl. Art. *85,* Ziff. *5,* und Art. 7.

Ziff. 8 u. 9. Das Verhältnis von Ziff. 8 zu Ziff. 9 ist kein klares; es beruht weder ausschliesslich auf der Unterscheidung zwischen der Wahrung der internationalen Interessen durch den völkerrechtlichen Verkehr mit anderen Staaten und durch innerstaatliche, z. B. militärische Massregeln, noch auf der Unterscheidung zwischen den zu wahrenden Interessen, äussere Sicherheit und Neutralität einerseits, und die übrigen Interessen anderseits. Die Frage ist aber nebensächlich.

Der *B. R. vertritt die Schweiz* oder die Kantone *im völkerrechtlichen Verkehr;* hier ist dies im Gegensatz zu anderen Bundesbehörden hervorgehoben, vgl. Art. *85,* Ziff. *5* u. *6;* in Art. 10 ist das Verhältnis von Bund und Kanton geregelt. Der B. R. allein kann gegenüber auswärtigen Staaten rechtsverbindliche Willenserklärungen für die Schweiz abgeben. Er ist aber in seiner äusseren Politik, ähnlich wie in seiner übrigen Geschäftsführung, der B. Vers. untergeordnet. Verfassungsrechtlich hindert die B. Vers. nichts, auch diesen Verwaltungszweig *gesetzgeberisch* zu regeln; der Stoff eignet sich aber wenig dazu; es wurde z. B. mehrmals versucht, Normen über die diplomatische Vertretung der Schweiz im Ausland aufzustellen, vgl. die geschichtliche Darstellung im Bericht des B. R. vom 28. Juni 1867 (B. Bl. 1867, II, 313) und bei *Salis,* I, Nr. 195; ferner die Botschaften vom 28. Sept. 1877 (B. Bl. 1877, IV, 31) und vom 19. Mai 1893 (B. Bl. 1893, III, 69)[1]). Das Gesetz darf aber nur allgemeine Regeln zu Handen des B. R. aufstellen und nicht die Kompetenz zur Vornahme einzelner Verwaltungshandlungen der auswärtigen Angelegenheiten der B. Vers. übertragen. Auch die Kompetenz der B. Vers., bleibende Beamtungen zu errichten, muss gegenüber Art. 102, Ziff. 8, insofern zurücktreten, als die B. Vers. den B. R. nur zur Errichtung einer diplomatischen Vertretung ermächtigen, sie aber nicht selber errichten kann; auch wird der B. R. mangels Ermächtigung zur provisorischen Errichtung diplomatischer Vertretungen stets befugt sein (B. Bl. 1867, II, 340). Das vom Volk am 3. Februar 1895 verworfene Gesetz betr. die Vertretung der Schweiz im Auslande vom 27. Juni 1894 (B. Bl. 1894, III, 137; 1895, I, 860; 1896, II, 156) war wohl in diesem Sinne aufzufassen; *Salis,* I, S. 629, 635.

Die Verfassung würde es trotz Art. 85, Ziff. 4, nicht gestatten, der B. Vers. die Wahl der diplomatischen Vertreter der Schweiz im Ausland durch Gesetz zu übertragen.

Der B. Vers. bleibt ferner das Recht, an der b. r. Verwaltung, hier wie anderwärts, Kritik zu üben und dem B. R. Weisungen zu erteilen, was der B. R. zu Unrecht bestritt, als die Kantone Solothurn und Bern 1901 bei der englischen Regierung eine diplomatische Verwendung zu gunsten der gefangenen Buren anregten, um mehr als eine Weisung

---

[1]) B. B. vom 21. Dez. 1872 (A. S., XI, 23) und vom 28. Januar 1882 (A. S., VI, 150).

konnte es sich allerdings nicht handeln; *Salis,* I, Nr. 92, vgl. 93. Die B. Vers. greift ferner in den völkerrechtlichen Verkehr ein, indem sie internationale Verträge gutheisst oder verwirft; und endlich kann die B. Vers. ausser der Kriegserklärung Massregeln für die äussere Sicherheit, die Behauptung der Unabhängigkeit und Neutralität der Schweiz beschliessen; vgl. Art. *85, Ziff. 6.* In der Kompetenz, innere Massregeln zu diesem Zweck zu beschliessen, konkurriert die B. Vers. mit dem B. R., während der B. R. in der Besorgung der übrigen auswärtigen Angelegenheiten (Art. 102, Ziff. 8) in der Regel, wie in anderen Gebieten seiner Verwaltung, ausschliesslich kompetent ist.

Die ausschliessliche Legitimation des B. R. zur völkerrechtlichen Vertretung der Schweiz gilt gemäss Art. 10 sowohl für die Kantone wie für den Bund; eine Vertretung ist aber nur denkbar bei Rechtsgeschäften d. h. rechtserheblichen Willensäusserungen; es fragt sich, ob die Kantone bloss zum rechtsgeschäftlichen Verkehr mit dem Ausland unzuständig sind oder ob ihnen von Bundes wegen auch ihr tatsächliches Verhalten vorgeschrieben werden kann, sobald es die Interessen auswärtiger Staaten berührt, z. B. die Gewährung von Gegenrecht gegenüber fremden Staatsangehörigen. Ist das Verhalten Gegenstand einer völkerrechtlichen, vertraglichen oder anderen Pflicht, so ist der Kanton wie der Bund selbst dazu verpflichtet; ob eine solche Pflicht vorliege, entscheidet den Kantonen gegenüber der B. R. Besteht aber keine völkerrechtliche Pflicht, so kann der B. R. den Kantonen ein bestimmtes Verhalten gegenüber fremden Staaten (z. B. Gegenrecht, Anwendung oder Nichtanwendung von Retorsion oder Repressalien) nur vorschreiben, wenn es die Interessen der Eidgenossenschaft nach aussen verlangen (Ziff. 8), was allerdings an einem äusseren Kriterium nicht zu erkennen ist.

Massregeln des B. R. zur Wahrung der äusseren Sicherheit und der Neutralität der Schweiz waren z. B. die gegenüber verschiedenen Kantonen getroffenen Anordnungen zur Überwachung politischer Flüchtlinge (vgl. Art. *70,* oben S. 698, 702, und Art. 85, Ziff. 8, S. 751), und der B. R. B. betr. die Internierung der Herzogin von Madrid vom 5. Mai 1873 (B. Bl. 1873, II, 374).

Ziff. 10. Die Handhabung der öffentlichen Ordnung ist, wie bei *Art. 16,* S. 182, bemerkt, in erster Linie Sache der Kantone; der B. R. wird nur im Falle der Intervention, bei interkantonalen Konflikten oder bei Angriffen auf den Bund selbst einzuschreiten haben, vgl. *Art. 85, Ziffer 7.*

Ziff. 11 vgl. Art. *19.*

Ziff. 12 u. 15. Die Grundidee von Ziff. 12 ist die, dass der B. R. und nicht die B. Vers. die Zweige der eidg. Verwaltung besorge, eine Vorschrift, die 1848 nicht so selbstverständlich war wie heute; ob der B. R. aber die Verwaltung selber besorgen müsse oder durch untergeordnete Organe besorgen lassen könne und welches das Verhältnis des B. R. zu diesen Organen sein solle, ist in Ziff. 12 nicht gesagt. Hierüber enthält Ziff. 15 eine Vorschrift, deren Tragweite jedoch durchaus nicht klar ist; soll damit gesagt sein, der B. R. allein übe diese Aufsicht, und nicht etwa die B. Vers., über den B. R. hinweg? oder *alle* Beamten und Angestellten der Bundesverwaltung, mithin diese *ganze* Verwaltung, solle der Aufsicht des B. R. unterstellt sein? oder ist hier

lediglich, pro memoria, eine Obliegenheit des B. R. aufgeführt, die Aufsicht über die untergebenen Beamten, ohne dass sie näher bestimmt wäre? Das dritte ist angesichts der Entstehungsgeschichte das wahrscheinlichste; das erste ist zu selbstverständlich, und eine so schwierige Frage wie die zweite wollte Ziff. 15 wohl nicht beantworten, weil man 1848 und auch 1874 keine Veranlassung hatte, sie zu stellen. Indessen, wenn der erwähnte Grundsatz in Art. 102, Ziff. 15, nicht enhalten ist, so ergibt er sich doch aus der ganzen Stellung des B. R. im Behördenorganismus des Bundes: der B. R. soll die oberste Verwaltungsbehörde sein, allen andern Bundesverwaltungsbehörden vorgesetzt, und er allein hat der B. Vers. Red und Antwort zu stehen, er ist für die ganze Bundesverwaltung verantwortlich, was ohne jene hierarchische Stellung nicht denkbar wäre. Ein Verwaltungszweig darf daher nicht so verselbständigt werden, dass der B. R. nicht mehr dafür verantwortlich sein könnte, ausgenommen er wäre anders gar nicht realisierbar. Damit aber der B. R. für einen Verwaltungszweig verantwortlich gemacht werden kann, ist nicht notwendig, dass er darüber tatsächlich eine fortwährende bevormundende Kontrolle ausübe; er kann den leitenden Organen die weitgehendsten Entscheidungsbefugnisse und unbeschränkte Initiative einräumen, sofern er sich nur die Kompetenz vorbehält, wenn nicht in ihren Geschäftsgang unmittelbar einzugreifen, so doch ihnen, wo er es für notwendig erachtet, bindende Vorschriften zu erteilen. Denn kann der B. R. dies nicht, so hat es keinen Sinn mehr, ihn verantwortlich zu erklären; er ist bloss noch der zwischen B. Vers. und Spezialverwaltungsbehörde vermittelnde Bote.

Die Frage wurde bei der Organisation der Bundesbahnen in den Verhandlungen über das B. Ges. vom 23. Okt. 1897 berührt, aber nicht klar formuliert. Es handelte sich namentlich darum, ob dem B. R. das Recht, die Generaldirektion zu wählen, entzogen werden könne, mit Rücksicht auf seine parlamentarische Verantwortlichkeit; in dieser Form war die Frage zu bejahen, denn die logische Bedingung seiner Verantwortlichkeit ist nicht das Recht, die Beamten zu wählen, sondern das Recht, auf ihre Geschäftsführung einzuwirken; tatsächlich allerdings wird das Recht der Kontrolle und der Kritik oft unwirksam, wenn ihm nicht das Wahlrecht zur Seite steht; die B. V. sieht aber selbst vor, dass nicht alle Verwaltungsbeamten, für deren Geschäftsführung der B. R. verantwortlich ist, durch den B. R. gewählt werden (Art. 102, Ziff. 6). Die Frage ist vielmehr, ob der B. R. gegenüber den Verwaltungsorganen der Bundesbahnen in ihrem ganzen Geschäftskreis nach dem B. Ges. vom 23. Okt. 1897 jene Kompetenz, bindende Vorschriften zu erteilen, z. B. zur Abstellung von Missbräuchen irgend welcher Art, besitzt. Indem Art. 13. lit. B. des Gesetzes dem B. R., abgesehen vom Erlass von Vollziehungsverordnungen, nur «die Ausübung der gleichen Befugnisse» zuerteilt, «die dem B. R. den Privatbahnen gegenüber zustehen, soweit die Voraussetzungen hierfür bei den Bundesbahnen vorhanden sind», entzieht sie seiner Einwirkung alle diejenigen inneren Verwaltungsangelegenheiten, die von den Privatbahnen selbständig verwaltet werden. Das normale Aufsichtsrecht des B. R. ist allerdings mit der Organisation der Bundesbahnen, wie sie nach dem Gesetz besteht, kaum denkbar[1]).

[1]) Vgl. Botschaft vom 25. März 1897, B. Bl. 1897, II, 382—387; Nachtragsbotschaft vom 13. Sept. 1897, B. Bl. 1897, IV, 208; St. B., VII, 721, 1017, 1026, 1039, 1052, 1082—1084; Bericht

Auch der b. r. Entwurf eines Bankgesetzes vom 23. Okt. 1894 (B. Bl. 1894, III, 605, 615) und das von der B. Vers. beschlossene und vom Volk verworfene Gesetz vom 18. Juni 1896 räumten dem B. R. gegenüber der Bankverwaltung keine andere Kompetenz ein, als die Wahl der Generaldirektion (nach B. R. auch der Lokaldirektionen); ähnlich im Entwurf vom 24. März 1899, der allerdings nicht mehr auf der Grundlage der reinen Staatsbank beruhte. Hier gestattete aber Art. 39, Abs. 2 u. 7, B. V. selber eine freiere Organisation, vgl. oben S. 364. — Der B. R. nimmt die verfassungsrechtlich korrekte Stellung ein z. B. gegenüber den Behörden der Polytechnischen Schule auf Grund des B. Ges. vom 7. Febr. 1854, Art. 18 (A. S., IV, 5).

Ziff. 13. Über die rechtliche Natur der Genehmigung s. Art. *43*, Abs. 6, und Art. *55*, Abs. 2, oben S. 406 und 571. Es ist hier nicht zu untersuchen, ob die in verschiedenen B. Ges. vorgesehene Genehmigung kantonaler Ausführungsbestimmungen gleicher Art sei.

Kraft seines Überwachungsrechts über kantonale Verwaltungszweige hat der B. R. das Recht, den Kantonen das zur Ausführung des Bundesrechts erforderliche Verhalten vorzuschreiben, vgl. Art. 85, Ziff. 8; er kann aber nur an den Kanton selbst, d. h. der kantonalen Regierung, Vorschriften erteilen, nicht unmittelbar den untergeordneten Beamten; dagegen verkehrt er häufig direkt mit diesen[1]).

Ziff. 14, vgl. Art. *85*, Ziff. 10, oben S. 752 ff.

Ziff. 16 geht von der Voraussetzung aus, dass die B. Vers. nur eine ordentliche Sitzung im Jahr abhält; Art. 23 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr etc. vom 9. Okt. 1902 schreibt dem B. R. vor, der B. Vers. die Berichte über seine Geschäftsführung und die Rechnungen des vorhergehenden Jahres auf die Junisession zu unterbreiten. Über Anordnung und Ausführlichkeit des Geschäftsberichtes bestehen keine Vorschriften; die B. Vers. kann darüber dem B. R. die nötigen Weisungen geben. — Nachdem bei Art. 2 Ausgeführten bedarf es kaum der Erwähnung, dass der letzte Passus des 1. Absatz dem Bunde keine Kompetenzen verleiht, die er nicht schon hätte.

Zum 2. Absatz ist zu bemerken, dass nicht selten auch eine parlamentarische Kommission den B. R. zu einer Berichterstattung auffordert; vgl. z. B. B. Bl. 1894, IV, 481; 1899, II, 495; 1897, IV, 199.

Art. 103.

Die Geschäfte des Bundesrates werden nach Departementen unter die einzelnen Mitglieder verteilt. Diese Einteilung hat aber einzig zum Zweck,

---

der St. R. K. vom 30. Aug. 1902, B. Bl. 1902, IV, 368. — Vgl. auch die Botschaft vom 4. Juni 1894 betr. Organisation und Geschäftsgang des B. R. (Verwaltungsreform), B. Bl. 1894, II, 793. *Salis,* I, S. 537.

[1]) Den Mangel eines organischen Zusammenhangs rügte *Speiser,* St. B., V, 1895 S. 106. *Salis,* I, S. 554.

die Prüfung und Besorgung der Geschäfte zu fördern; der jeweilige Entscheid geht von dem Bundesrate als Behörde aus.

I. Geschichte.

Art. 103 geht auf Art. 74, Abs. 1 und 2, des *Entwurfes von 1833* zurück, welche lauteten: «Die Geschäfte des B. R. zerfallen in vier Departemente: diejenigen des Äussern, des Inneren, des Militärs und der Finanzen. — Diese Einteilung hat einzig zum Zweck, die Prüfung und Ausfertigung der Geschäfte zu erleichtern; der jeweilige Entscheid geht von dem B. R. als Behörde aus.» Die Revisionskommission von 1848 bestätigte beinahe ohne Diskusion diese Bestimmung in einer mit der heutigen wörtlich übereinstimmenden Fassung[1]). Die Tagsatzung stimmte ebenfalls einfach zu[2]).

II. Auslegung.

Der dem Art. 103 zugrunde liegende Gedanke ist der, dass die Exekutive des Bundes gemäss dem herkömmlichen schweizerischen Muster eines Regierungsrates organisiert sein soll, im Gegensatz einerseits zur monarchischen Organisation der Behörde unter einem Staatsoberhaupt, das im Verein mit einem Minister beschliesst, anderseits zur kollegialen Organisation, bei der das einzelne Mitglied zu keinem Teil der Verwaltung in besonderer Beziehung steht (Direktorialverfassung). Es soll nicht eine einzige Person als Staatsoberhaupt die vollziehende Gewalt in ihrer Hand zusammenfassen, wie es mit beschränkten Befugnissen der Landammann der Schweiz unter der Mediationsakte tat, sondern die oberste vollziehende Gewalt soll durch ein Kollegium von unter sich Gleichgestellten ausgeübt werden. Jeder Bundesrat soll also zugleich Mitglied der obersten Vollziehungsbehörde und Vorsteher einer besonderen Verwaltungsabteilung sein, derart, dass die obersten Beamten dieser Abteilung nicht unmittelbar unter dem Gesamtbundesrat stehen, sondern zunächst unter einem Mitglied desselben und nur mittelbar unter dem Bundesrat. Art. 103 betont hauptsächlich diesen Gegensatz zur Direktorialverfassung, wie sie unter der Helvetik bestand, nach welcher nicht die Mitglieder der obersten Vollziehungsbehörde, sondern dieser untergeordnete Minister den einzelnen Verwaltungsabteilungen vorstanden.

Während sich der Gegensatz der Bundesratsorganisation zur monarchischen Organisation leicht charakterisieren lässt durch die kollegiale Form des obersten Vollziehungsorgans, ist es schwieriger, den Gegensatz zwischen der Direktorialorganisation und der von der B. V. gewollten Form juristisch zu formulieren; die Schwierigkeit besteht in der Bestimmung des Verhältnisses von Departement und Gesamtbundesrat.

Die B. V. scheint nun dieses Verhältnis so aufzufassen, dass das Departement, d. h. der einzelne Bundesrat als Vorsteher seines Departe-

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 134, 159, 183, 203.
[2] Absch. 1847 IV, S. 140, 278.

mentes, gar keine eigene Entscheidungsgewalt habe, sondern bloss die seine Verwaltungsabteilung betreffenden Entscheide des Bundesrates vorzubereiten und wohl auch, nachdem sie gefasst, zu vollziehen habe. Diese Funktion des Departementsvorstehers ist rechtlich durchaus klar und bildet ein deutliches Unterscheidungsmerkmal zur Direktorialverfassung, wo kein Regierungsmitglied in dieser engeren Verbindung zu einer Verwaltungsabteilung steht. Es zeigt sich aber nach kurzer Überlegung, dass es unmöglich ist, dem B. R. selbst alle Entscheide vorzubehalten, und die Departemensvorsteher und die untern Beamten auf die blosse Vorbereitung und mechanische Ausführung der bundesrätlichen Entscheide zu beschränken. Die alltägliche, laufende Verwaltung besteht eben in ihrem rechtlichen Bestandteil aus Entscheidungen, und es liegt auf der Hand, dass der B. R. alle diese Entscheidungen nicht selbst treffen kann, auch dann nicht, wenn man unter Entscheid i. S. von Art. 103 nur einen für ausserhalb der Bundesverwaltung Stehende verbindlichen Beschluss, im Gegensatz zu blossen Dienstbefehlen verstehen wollte[1]. Annehmbarer scheint auf den ersten Blick die Auslegung, wonach die Entscheidungsgewalt nur den einzelnen Bundesräten selbst, den Departementsvorstehern, entzogen wäre, nicht aber den Bundesbeamten, und zwar deshalb, damit der einzelne Bundesrat nicht in Widerspruch gerate mit der Gesamtbehörde, und diese sich nicht in ebensoviel selbständige Einzelbehörden auflöse, als sie Mitglieder zählt. Auch diese Auslegung beruht auf klaren Begriffen; sie versetzt aber den einzelnen Bundesrat gegenüber seinen Untergebenen in eine kaum würdige, tatsächlich unmögliche, Machtlosigkeit; der Departementsvorsteher hätte keine eigene Autorität; er könnte seinen Beamten nur mit dem B. R. drohen, bei Gefahr, von diesem desavouiert zu werden. Es entspricht diese Stellung des Departementsvorstehers auch durchaus nicht derjenigen der kantonalen Regierungsräte, die gewiss für die B. V. von 1848 vorbildlich waren.

Die zwar nicht historisch wahrscheinlichste, aber einzig vernünftige und daher richtige Auslegung ist die, dass Art. 103 nicht bestimmt, welche Geschäfte durch den B. R., welche andere durch die Departemente oder noch tiefergestellte Instanzen zu erledigen seien, sondern nur, dass diejenigen Geschäfte, welche als die wichtigsten dem B. R. vorbehalten werden, durch den Gesamtbundesrat, nicht je nach ihrer Art durch den einen oder andern Departementsvorsteher zu erledigen sind. Dann ist allerdings der Ausdruck unrichtig, dass diese Einteilung nach Departementen *einzig* zum Zwecke habe, die Prüfung und Besorgung der Geschäfte zu fördern; es ist aber nicht der einzige Fall irrtümlicher Redaktion der B. V.

Schon das erste B. Ges. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R. vom 16. Mai 1849 (A. S., I, 49) bestimmte in Art. 22: «Zur Vorberatung und teilweisen Erledigung der Geschäfte, soweit letzteres besonders bestimmt wird, teilt sich der B. R. in sieben Departemente.» «Es bedurfte nur wenige Monate wirklicher Geschäftsführung, um den

[1] Die St. R. K., die 1894 über die Reorganisation des B. R. beriet, legte Art. 103 B. V. so aus, dass nur die in Art. 102 einzeln aufgezählten Geschäfte gemeint seien; man braucht aber nur Art. 102 zu durchgehen, um zu sehen, dass diese Unterscheidung eben so unbestimmt als innerlich unbegründet ist. B. Bl. 1894, IV, 477.

B. R. von der Unmöglichkeit zu überzeugen, jene Vorschrift in formell strikter Weise zu vollziehen.» (B. Bl. 1894, II, 779. *Salis,* I, S. 524.)

Mit der wachsenden Ausdehnung der Bundesverwaltung wurden den Departementen und den höheren Spezialbeamten stets weitere Entscheidungskompetenzen übertragen; vgl. die interessante Botschaft des B. R. vom 4. Juni 1894 betr. Organisation und Geschäftsgang des B. R. (sog. Verwaltungsreform) (B. Bl. 1894, II, 706); ferner die ausführliche Übersicht über die Kompetenzen der Departements- und der Abteilungschefs im Bericht des B. R. vom 3. Dez. 1894 (B. Bl. 1894, IV, 481—552). *Salis,* I, Nr. 183, 184.

Die B. Vers. glaubte, im B. B. vom 21. August 1878 den Verfassungsgrundsatz dadurch wahren zu können, dass sie in Art. 20, Abs. 2, gegenüber Entscheiden der Departemente den endgültigen Entscheid des B. R. vorbehielt, d. h., wie schon bisher zulässig, gegen alle Entscheide der Departemente die Berufung an den B. R. gestattete (B. Bl. 1875, II, 227; 1894, II, 779). Indessen ist ein solches Rekursrecht einerseits nicht erforderlich, anderseits nicht genügend. Wenn Art. 103 den oben festgestellten Sinn hat, so braucht nicht gegenüber jedem Entscheid der Departemente ein Rekurs eingeräumt zu werden; der Entscheid kann insofern sehr wohl definitiv sein. Anderseits genügt es nicht, dass der B. R. nur auf Beschwerde hin einschreiten könne; das Recht des Gesamtbundesrates, Verfügungen seiner Departemente aufzuheben oder abzuändern, kann nicht davon abhängen, ob jemand sich in seinen Privatinteressen verletzt glaube und rekurriere; der B. R. als die vorgesetzte Verwaltungsbehörde muss dieses Recht von sich aus ausüben können, ohne Rücksicht darauf, ob jemand zum Rekurs legitimiert sei und wirklich rekurriere.

Es ist nach schweizerischem Bundesstaatsrecht nicht zu bezweifeln, dass die B. Vers. kompetent ist, die Entscheidungsbefugnisse zu bezeichnen, welche den Departementen übertragen werden sollen [1], wie auch die Einteilung der Verwaltungszweige nach Departementen vorzunehmen (Art. 85, Ziff. 1). Sie hat beides getan im B. B. vom 21. Aug. 1878, teilweise revidiert durch B. B. vom 28. Juni 1895; in beiden Richtungen hat sie aber den B. R. ermächtigt, von sich aus unter Kenntnisgabe an die B. Vers. Veränderungen vorzunehmen [2], vgl. B. R. B. vom 9. April 1897 betr. die Kompetenzen der Departemente und der Abteilungschefs (A. S., XVI, 117).

Ausserdem ist die Organisation der verschiedenen Departemente, d. h. die Zahl, die Gliederung und die Besoldungsklasse ihrer Beamten, durch folgende B. Ges. geregelt worden:

---

[1]) Die Frage, auf welche Weise der B. R. als solcher und die einzelnen Bundesräte von minder wichtigen Geschäften entlastet werden könnten, um sich desto besser den wichtigsten Aufgaben widmen zu können, wurde mit mehreren anderen Fragen der Reform der Bundesverwaltung auf Grund der zit. Botschaft des B. R. vom 4. Juni 1894 in der B. Vers. 1894 und 1895 diskutiert, aber wenig gefördert; St. B. IV, 103, 301—306; V, 99, 112, 120, 141, 453, 462, 466; das einzig praktische Mittel, ohne tiefgreifende organisatorische Änderungen, liegt m. E. in der Übertragung grösserer Selbständigkeit und Verantwortlichkeit an die obersten Abteilungschefs, derart, dass sie die Befugnisse, die sie z. T. tatsächlich schon ausüben, auch unter eigenem Namen und eigener Verantwortlichkeit gegenüber dem Departementsvorsteher, aber ohne durch seine Unterschrift gedeckt zu sein, auszuüben hätten.

[2]) Vgl. z. B. B. R. B. vom 8. Dez. 1896; A. S., XV, 601.

1. Das *Politische Departement* durch B. Ges. vom 26. März 1897 (A. S., XVI, 157).

2. Das *Departement des Inneren:* das Statistische Bureau und die Abteilung Bauwesen durch B. Ges. vom 20. Juni 1888 (A. S., X, 778); die Meteorologische Anstalt durch B. Ges. vom 27. Juni 1901 (A. S., XVIII, 786); das Gesundheitsamt durch B. B. vom 28. Juni 1893 (A. S., XIII, 689); das Schweiz. Landesmuseum durch B. B. vom 21. Juni 1902 (A. S., XIX, 246).

3. Das *Justiz- und Polizeidepartement* durch B. Ges. vom 16. Dez. 1901 (A. S., XIX, 38).

4. Das *Militärdepartement* durch B. Ges. vom 20. Dez. 1901 (A. S., XIX, 43).

5. Das *Finanz- und Zolldepartement:* das eigentliche Finanzdepartement durch B. Ges. vom 11. Dez. 1882 (A. S., VII, 59); die Wertschriftenverwaltung durch B. Ges. vom 18. Dez. 1891 (A. S., XII, 690); die Zollverwaltung durch B Ges. über das Zollwesen, Art. 34—53, vom 28. Juni 1893 (A. S., XIII, 692); betr. die Oberzolldirektion vgl. B. Ges. vom 19. Dez. 1890 (A. S., XII, 48).

6. Das *Handels-, Industrie- und Landwirtschaftsdepartement* durch B. Ges. vom 26. März 1897 (A. S., XVI, 160).

7. Das *Post- und Eisenbahndepartement:* die Postverwaltung durch B. Ges. vom 25. Mai 1849 (A. S., I, 104); vgl. b. r. Verordnung vom 26. Nov. 1878 (A. S., III, 627; XII, 682; XVII, 84; XVIII, 864); die Telegraphenverwaltung durch B. Ges. vom 10. Dez. 1854 (A. S., V, 1); die Telephonverwaltung durch B. Ges. vom 27. Juni 1889, Art. 23 (A. S., XI, 256); die Eisenbahnabteilung durch B. Ges. vom 27. März 1897 (A. S., XVI, 188).

Weitere Ausführungsbestimmungen sind angeführt bei *Schollenberger,* Kommentar, S. 536—538.

Art. 104.

Der Bundesrat und seine Departemente sind befugt, für besondere Geschäfte Sachkundige beizuziehen.

Diese heute selbstverständliche Bestimmung wurde 1848 aufgestellt im Gegensatz zum früher üblichen System der Verwaltung einzelner Dienstzweige durch Tagsatzungskommissionen; es ergibt sich dies aus Art. 74, Abs. 3, des Entwurfes von 1833 und aus den Revisionsverhandlungen von 1848[1]). Der Gegensatz ist übrigens unklar; was man ausschliessen wollte, waren Kommissionen der Bundesversammlung, die ausserhalb der im B. R. gipfelnden Beamtenhierarchie verwalten, nicht aber dem B. R. unterstellte Kommissionen. Es ist daher nicht nur zulässig, Kommissionen von Sachverständigen zu konsultieren, sondern auch Verwaltungsgeschäfte durch Kommissionen (von Nichtbeamten) erledigen zu lassen.

---

[1]) Namentlich aus einer Bemerkung des Standes *Solothurn* in der Tagsatzung. Absch. 1847, IV, 140. Vgl. Prot. der Revisionskommission, S. 134, 183, 203.

III. Bundeskanzlei.

Art. 105.

Eine Bundeskanzlei, welcher ein Kanzler vorsteht, besorgt die Kanzleigeschäfte bei der Bundesversammlung und beim Bundesrat.

Der Kanzler wird von der Bundesversammlung auf die Dauer von drei Jahren jeweilen gleichzeitig mit dem Bundesrat gewählt.

Die Bundeskanzlei steht unter der besonderen Aufsicht des Bundesrates.

Die nähere Organisation der Bundeskanzlei bleibt der Bundesgesetzgebung vorbehalten.

I. Geschichte.

Während die vorörtliche Vertretung unter der *Mediationsakte* zwischen sechs Kantonen von Jahr zu Jahr, unter dem *Bundesvertrag* zwischen drei Kantonen alle zwei Jahre wechselte, bildete die Bundeskanzlei, deren Beamten nicht wechselten, das bleibende Element in der eidg. Vollziehungsbehörde; Kanzler und Staatsschreiber wurden dadurch zu den Trägern der Tradition im formellen Geschäftsgang und in der Verwaltung selbst[1]). Art. 38 der Mediationsverfassung lautete: «Ein Kanzler und ein Staatsschreiber, welche die Tagsatzung für zwei Jahre zu ernennen hat und die auf dem von ihr festgesetzten Fusse von dem Direktorial-Kanton besoldet werden, folgen jedesmal dem Staatssigel und den Protokollen» (nämlich an den Hauptort des folgenden Direktorial-Kantons. Art. 37).

Der *Bundesvertrag* bestimmte in § X, Abs. 3: «Dem Vorort ist eine eidgenössische Kanzlei beigeordnet; dieselbe besteht aus einem Kanzler und einem Staatschreiber, die von der Tagsatzung gewählt werden.» Vgl. den Tagsatzungsbeschluss vom 13. Juli 1818 betr. die Wahlart, die Besoldung und die Geschäftseinteilung des Kanzlers und des Staatsschreibers, und den Tagsatzungsbeschluss vom 16. Juli 1816 betr. die Amtsdauer (Off. Sammlg., I, 230—232).

Die *Revisionskommission von 1848* nahm eine gleich wie die heutige lautende Bestimmung auf, der nur der 2. Absatz fehlte. In zweiter Beratung wurde in Abs. 3 das Wort «*besonderer* Aufsicht» beigefügt, «indem auch den beiden Räten eine Überwachung ihrer Kanzlei nicht entzogen werden könne.» Die Tagsatzung nahm den 2. Absatz über die Wahl des Kanzlers auf[2]).

---

[1]) *Dubs,* 1. Aufl., II, 65; 2. Aufl., II, 71.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 136, 159, 183. Absch. 1847, IV S. 141—143, 276.

1872 beschloss die N. R. K. und darauf die B. Vers., auch den Stellvertreter des Kanzlers durch die B. Vers. wählen zu lassen[1]; die Änderung wurde aber 1874 wieder fallen gelassen, nachdem der B. R. in seiner Botschaft vom 4. Juli 1873 der Befürchtung Ausdruck gegeben hatte, die Einheit der Organisation möchte darunter leiden, wenn der Stellvertreter dem Kanzler gewissermassen gleichgestellt würde. Vgl. oben Art. 85, Ziff. 4, S. 740.

II. Auslegung[2].

Indem die Bundeskanzlei durch die B. V. berufen ist, sowohl die Kanzleigeschäfte der B. Vers. als des B. R. zu besorgen, steht sie zu beiden Behörden in einem Subordinationsverhältnis. Abs. 3 charakterisiert dieses Doppelverhältnis dadurch, dass er erklärt, die Bundeskanzlei stehe unter der *besonderen* Aufsicht des B. R.; dieser Ausdruck ist dahin auszulegen, dass die Bundeskanzlei in der Besorgung der Kanzleigeschäfte der B. Vers. der Aufsicht der beiden Räte unterstellt ist, in der Besorgung der Kanzleigeschäfte des B. R. und in der Ausführung anderer Verwaltungsgeschäfte der Aufsicht des B. R., und dass endlich der B. R. auch die Aufsicht an Stelle der B. Vers. ausübt, wenn diese nicht versammelt ist. Gemäss B. B. vom 28. Juni 1895 (A. S., XV, 188) gehört die Überwachung der Bundeskanzlei in den Geschäftskreis des politischen Departements; der gleiche B. B. hat dem Kanzler einen zweiten Stellvertreter (Vizekanzler) beigegeben, der insbesondere die französische Fassung der vom B. R. ausgehenden Erlasse zu überwachen hat. Über die Obliegenheiten der Bundeskanzler vgl. den B. B. über die Organisation und den Geschäftsgang des B. R. vom 21. August 1878 (A. S., III, 480), Art. 8, 19, und das b. r. Reglement der schweizerischen Bundeskanzlei vom 7. Aug. 1850 (A. S., II, 50); betr. die Kompetenzen der Bundeskanzlei vgl. den B. R. B. betr. die Kompetenzen der Departemente und der Abteilungschefs vom 9. April 1897, lit. A, Ziff. 3 (A. S., XVI, 117).

IV. Organisation und Befugnisse des Bundesgerichts.

Art. 106.

Zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt, wird ein Bundesgericht aufgestellt.

Für Beurteilung von Straffällen (Art. 112) werden Schwurgerichte (Jury) gebildet.

---

[1] Prot. der N. R. K. 1871, S. 163; des N. R. 1872, S. 401, 568.

[2] *Ringier*, Art. „Bundeskanzlei“ in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 673.

I. Geschichte[1]).

Die *Mediationsverfassung* enthielt über Bundesgerichtsbarkeit folgende Bestimmungen: Art. 35: «Sie (nämlich die Tagsatzung) entscheidet über Streitigkeiten, die zwischen den Kantonen entstehen, wenn dieselben auf dem Wege der Vermittlung nicht haben können beigelegt werden. Zu dem Ende bildet sie sich, nachdem ihre ordentlichen Geschäfte abgetan sind, in ein Syndikat, wobei jeder Deputierte dannzumal nur eine Stimme hat und für seine daherigen Verrichtungen keine Instruktionen erhalten kann.» Art. 21: «Wenn während der Zeit, da keine Tagsatzung versammelt ist, Streitigkeiten zwischen zwei oder mehreren Kantonen entstehen sollten, so wendet man sich an den Landammann der Schweiz, der je nach der grösseren oder geringeren Dringlichkeit der Umstände, entweder Schiedsrichter zum Vermitteln ernennt, oder die Erörterung bis zur nächsten Tagsatzung aussetzt.»

Es war für die Geschäftstüchtigkeit dieses Syndikates von übler Vorbedeutung, dass die Tagsatzung sich nie über die Frage zu entschliessen vermochte, welche Streitigkeiten vor das Syndikat und welche vor die Tagsatzung selbst gehören, und durch wen diese Vorfrage zu entscheiden sei. In der Tat urteilte das Syndikat nur in wenigen Fällen, meistens Gerichtsstands- oder Heimatgehörigkeitsfragen; die wichtigste Entscheidung war die Feststellung der Geld- und Mannschaftsbeiträge der beiden Kantonsteile Appenzell. Eben so oft verwies das Syndikat die streitenden Kantone auf den Weg freundschaftlicher Verständigung oder an die Tagsatzung[2]).

§ V des *Bundesvertrages von 1815* wies alle Ansprüche und Streitigkeiten zwischen den Kantonen über Gegenstände, die nicht durch den Bundesvertrag gewährleistet sind, an das eidgenössische Recht, d. h. an ein ausführlich geregeltes schiedsrichterliches Verfahren. Es war bestritten, welches jene Gegenstände seien; die Tagsatzung entschied am 27. Juli 1846 in einem Streit zwischen Bern und Solothurn über eine Geldschuld des ehemaligen Fürstbischofs von Basel, dass auch privatrechtliche Streitigkeiten vor das eidgenössische Recht gehören. Es war ferner bestritten, ob Streitigkeiten über die Souveränität und das Gebiet, welche durch den Bundesvertrag gewährleistet waren, durch das eidg. Recht, durch die Tagsatzung oder durch keines von beiden zu entscheiden seien; sowohl die Tagsatzung als das eidg. Schiedsgericht entschieden Streitigkeiten über Gebiets- oder andere Hoheitsrechte. Die Kompetenzfrage zu entscheiden beanspruchte die Tagsatzung[3]). Im eidg. Recht, d. h. durch Schiedsrichter, wurden unter dem Bundesvertrage von 1815 22 Anstände erledigt, wovon einer durch einen durch die

---

[1]) *G. Vogt*, Die Gerichtsbarkeit des eidg. Bundes nach heutigem schweiz. Strafrecht, Zeitschr. für die ges. Staatswissenschaft. XIII, 1857, 328. *Dubs*, I, 72—79. *Bluntschli*, 2. Aufl., S. 445. *Stettler*, Das Bundesstaatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft vor dem Jahre 1798, S. 87 ff. *Blumer-Morel*, III, 131 ff. *Welti*, Der Gerichtsstand in Forderungssachen, 1880, S. 80 ff. *Reichel*, Kommentar des B. Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, 1896, Einleitung, S. XXIII ff. *Th. Weiss*, Art. „Bundesgericht“ in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 653. *v. Mohl*, Geschichtliche Nachweisungen über Bundesgerichte, Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, XXVI, 1870, S. 1, 27 ff.

[2]) Repertorium der eidg. Abschiede 1803—1813, 2. Aufl., S. 385—391. *Vogt*, a. a. O., S. 344.

[3]) *Stettler*, Das Bundesstaatsrecht der schweiz. Eidgenossenschaft *seit* dem Jahr 1798, Bern und St. Gallen 1847, S. 129—139. *Vogt*, a. a. O., S. 347. Eidg. Abschiede, 1846, S. 87—88, 372 ff.

Schiedsrichter herbeigeführten Vergleich. 14 dieser Streitigkeiten betrafen Bürgerrechts- oder Heimatlosenfragen, 1 Schiffahrtsgerechtigkeit, 1 Strassenbau, 1 Niederlassungsfreiheit und Güterkauf, 1 Gerichtsstand, 1 Lotteriepachtvertrag, 1 Korporationsrechte an Waldungen und 2 Vermögensverhältnisse zwischen Baselstadt und Baselland. In zwei Fällen war der Kläger eine Privatperson (Strassenbau und Lotteriepacht), in einem Fall (Gerichtsstand) waren es beide Parteien. In 10 Fällen war das Schiedsgericht aus 3, in 9 Fällen aus 5 Schiedsrichtern bestellt; in einem Fall waren 2, in einem andern 3 bei 3 Parteien und in einem dritten 4 Schiedsrichter bestellt je ohne Obmann, in diesem aber wurden zur Auslegung des Urteils später 5 bestellt. Endlich erwähnen die Akten des eidg. Archivs zwei Anstände, deren einer durch eine von mehreren Vertretern beider streitenden Stände vereinbarte Übereinkunft, der andere durch eine Erklärung des einen Standes erledigt wurde; der erste Anstand betraf die Erhebung der Grundsteuer von verpfändeten Gütern, der zweite die Aufnahme eines Heimatlosen [1]).

Die *Entwürfe von 1832 und 1833* enthielten die übereinstimmenden Art. 90 und 86: «Zur Ausübung der Rechtspflege in Bundessachen wird ein Bundesgericht aufgestellt.» Das B. Ger. hatte als Zivilgericht u. a. über Streitigkeiten zwischen Kantonen zu urteilen, wobei der Entwurf von 1832 (Art. 102) vorschrieb, dass dem gerichtlichen Verfahren ein Vermittlungsversuch durch Schiedsrichter voranzugehen habe.

In der *Revisionskommission von 1848* wurde von einem Mitglied beantragt: Die Ausübung der Kriminaljustiz durch den Bund einem Schwurgerichte zu übertragen. Gegen das Institut der Geschworenen wurde u. a. vorgebracht, es werde sich bei der geringen Zahl von Straffällen kaum verlohnen, die Bürger in ihrer Gesamtmasse zur Bildung von Geschworenenlisten anzuhalten; worauf erwidert wurde, infolge der Zentralisation des Münzwesens und der Zölle werden Verbrechen der Falschmünzerei oder des Schleichhandels wie auch gegen die Eidgenossenschaft gerichtete Pressvergehen und Fälschungen von der Eidgenossenschaft verfolgt und von dem Zentralgerichte beurteilt werden müssen.

Bei der Beratung über die Befugnisse des B. Ger. in Kriminalsachen wurde bemerkt, man habe dem B. Ger. nicht die Aburteilung aller Verbrechen gegen die Monopole des Bundes übertragen wollen, «sondern wenn untere Beamten ein Vergehen sich zu schulden kommen lassen, so werde der B. R. die Natur des Deliktes prüfen und je nach Umständen entscheiden, ob der Fehlbare einem Kantonalgerichte zur Bestrafung überwiesen werden könne.» Als später ein Mitglied nochmals anregte, die Beurteilung der Verbrechen gegen das Münzwesen, gegen die Regalien, Schleichhandel und Pressvergehen gegen die Eidgenossenschaft in die Kompetenz des B. Ger. zu legen, wurde diesem Vorschlag entgegengehalten, er sei zu kompliziert und nicht ausführbar. Verbrechen der genannten Art wären von den Kantonsregierungen dem B. R. zur Anzeige zu bringen, aber durch kantonale Gerichte abzuurteilen. Dem B. R. müsste nur das Recht zustehen, die Appellation an das B. Ger. einzulegen. In der Abstimmung wurde indessen Art. 98

[1]) Akten des eidg. Archivs, Periode 1813—1848, Nr. 1828—1836 (Schiedsgerichtliche Sprüche).

des Entwurfes von 1833 in der Fassung genehmigt, dass das B. Ger. ferner über alle Fälle zu urteilen habe, welche ihm durch ein Gesetz übetragen werden.

Art. 90 erhielt darauf folgende Fassung:

«Zur Ausübung der Rechtspflege, soweit dieselbe in den Bereich des Bundes fällt, wird ein B. Ger. aufgestellt. — Für Beurteilung von Straffällen werden Schwurgerichte (Jury) gebildet.» Und am Schluss der Bestimmungen über das B. Ger. wurde ein dem heutigen Art. 114 entsprechender Artikel aufgenommen (vgl. dort!)[1]).

In der Tagsatzung wurde nach längerer Diskussion über die Vereinheitlichung des Rechts und der Rechtspflege die Einrichtung der Geschworenen von *Glarus* aus prinzipiellen und praktischen Gründen angefochten; für Streichung des zweiten Absatzes stimmten aber einzig *Glarus* und *Baselstadt*[2]).

In der *N. R. K. von 1871* stellte *Jolissaint* den Antrag, im ersten Artikel dieser Unterabteilung den Grundsatz der Gewaltentrennung hervorzuheben: «Die gerichtliche Gewalt ist von der gesetzgebenden und verwaltenden Behörde unabhängig. — Sie wird einem obersten eidg. Gerichtshofe übertragen, welchem für Beurteilung von Straffällen Schwurgerichte beigegeben werden. Ein gerichtliches Erkenntnis darf weder durch die gesetzgebende noch durch die verwaltende Behörde aufgeschoben oder aufgehoben werden.» Dieser Antrag wurde in erster Beratung angenommen, in zweiter aber durch den von *Escher* vorgeschlagenen ersetzt: «Es wird ein B. Ger. als oberster eidg. Gerichtshof aufgestellt. — Für Beurteilung von Straffällen werden Schwurgerichte (Jury) gebildet[3]).»

Die St. R. K. beschloss auf Antrag *Kappeler:* «Zur Ausübung der Rechtspflege wird ein B. Ger. aufgestellt. — Für die Beurteilung von Zivilfällen kann das Gesetz eine Zivilabteilung aufstellen. — Für die Beurteilung . . .» = 2. Abs. von 1848[4]).

Im N. R. schlug die Kommission, an welche der Abschnitt zu näherer Antragstellung zurückgewiesen worden war, als Art. 102 vor «Zur Ausübung der Rechtspflege wird ein B. Ger. aufgestellt, — in Straffällen mit Beiziehung von Geschwornen.» *Kaiser* beantragte, die bisherige Fassung wieder aufzunehmen, und *Demiéville*, den 2. Absatz derselben fallen zu lassen, da es zu weit ginge, wenn für alle Fälle Geschworne beigezogen werden sollten. Gegen diesen, auch von anderer Seite unterstützten Streichungsantrag wurde jedoch erinnert, dass das zweite Lemma sich nicht wohl umgehen lasse, weil die ganze Organisation des Strafverfahrens auf das Jury-System basiert sei; immerhin stehe nichts entgegen, sich im Artikel auf den Art. 112 zu berufen. Der Antrag *Kaiser* wurde darauf angenommen mit der Änderung, dass im zweiten Absatz in Klammern auf Art. 112 verwiesen wurde[5]). Der St. R. stimmte am 19. Febr. 1872 zu. Der Artikel wurde 1874 ohne Diskussion bestätigt.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 137 f., 140 f., 159 f., 184.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 143—146, 178.

[3]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 175, 178, 226.

[4]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 102—106.

[5]) Prot. des N. R. 1872, S 483, 488, 568.

II. Auslegung.

Abs. 1, welcher die Einsetzung eines B. Ger. verlangt, statuiert, dass unter der neuen B. V. die eidgenössische Rechtspflege nicht mehr durch die Bundesversammlung oder durch ein eidg. Schiedsgericht, sondern durch ein eigentliches Gericht ausgeübt werden soll; seine Kompetenzen sind in andern Artikeln (110—114) ausgeführt. Art. 106, Abs. 1, hat daher heute, wo die Einrichtung längstens besteht, keine praktische Bedeutung mehr.

Aus Art. 106, Abs. 1, den Grundsatz der Trennung der richterlichen von der gesetzgebenden und ausführenden Gewalt herauszulesen, scheint mir gekünstelt. Soweit der Grundsatz in der B. V. anerkannt ist, ergibt er sich nicht aus einer bestimmten ausdrücklichen Vorschrift, sondern aus der Verteilung der Kompetenzen unter die Bundesbehörden und der ganzen Anlage des Stoffes. Die Trennung der richterlichen Gewalt von den andern ist sicher von der B. V. gewollt im Sinne der Unabhängigkeit des B. Ger. von den politischen Behörden in der Ausübung derjenigen Befugnisse, die verfassungsgemäss zugeteilt sind (vgl. oben Art. *85, Ziff. 11,* S. 760).

In bezug auf die Verteilung der Funktionen dagegen ist die B. V. weniger konsequent vorgegangen; die eidg. Zivil- und Strafrechtspflege sollte allerdings der Gerichssbehörde vorbehalten sein[1]), die Staatsrechtspflege dagegen ist heute noch nicht ausschliesslich dem B. Ger. übertragen (Art. 113, Abs. 2; 102, Ziff. 2; 85, Ziff. 12).

Wenn *Abs. 2* vorschreibt, dass für Beurteilung von Straffällen Schwurgerichte gebildet werden, so folgt daraus nicht, dass alle Strafrechtsfälle, auch die leichtesten, mit Beiziehung von Geschworenen beurteilt werden müssen; man hatte bei der Aufstellung jener Vorschrift 1848 und 1874 nur die damaligen Kompetenzen des B. Ger. im Auge, und dieser Meinung wurde durch die Verweisung auf Art. 112 Ausdruck gegeben. Dies scheint sich mir namentlich aus den Verhandlungen der Verfassungsrevision von 1872 zu ergeben; es entspricht auch einer vernünftigen Auslegung des Art. 106, Abs. 2, verbunden mit Art. 114. Die Ansicht *Hafners,* es dürfe auch für Beurteilung von anderen als der in Art. 112 B.V. vorgesehenen Verbrechen kein ohne Geschworene urteilendes Bundesstrafgericht eingesetzt werden, war daher nicht begründet[2]). Schon der b. r. Entwurf zum B. Ges. betr. das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher B. Ges. vom 30. Juni 1849 schlägt in Art. 13 zur Beurteilung schwererer Übertretungen die Errichtung einer aus drei Mitgliedern bestehenden Polizeikammer, ohne Geschworene, vor[3]).

---

[1]) Vgl. indessen das B. Ges. betr. das Verfahren bei Übertretungen fiskalischer und polizeilicher Bundesgesetze vom 30. Juni 1849 (A. S., I, 87) und das B. Ges. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dez. 1850 (A. S., II, 149), Art. 17—44.

[2]) *Hafner,* Revision des B. Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, Entwurf und Motive, Bern 1888, 129; gl. A. *Leo Weber,* in Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, I, 370. Das B. Ger. war in seinen Bemerkungen und Anträgen, Basel, 1889 a. A.; ebenso der B. R. in der Botschaft vom 5. April 1892, B. Bl. 1892, II, 354 ff. *Salis,* IV, Nr. 1658.

[3]) Vgl. dazu die Begründung Drueys bei *Leo Weber,* Betrachtungen über die Entwicklung der Bundesstrafgerichtsbarkeit, Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, I, 1888, 369.

Art. 107.

Die Mitglieder des Bundesgerichts und die Ersatzmänner werden von der Bundesversammlung gewählt.

Bei der Wahl derselben soll darauf Bedacht genommen werden, dass alle drei Nationalsprachen vertreten seien.

Das Gesetz bestimmt die Organisation des Bundesgerichtes und seiner Abteilungen, die Zahl der Mitglieder und Ersatzmänner, deren Amtsdauer und Besoldung.

I. Geschichte.

Die Art. 91 und 92 des *Entwurfes von 1832* bestimmten: Art. 91: «Das B. Ger. besteht aus einem Präsidenten, acht Richtern und vier Ersatzmännern.» Art. 92: «Für die Wahl des B. Ger. hat jeder Kanton zwei Personen, die eine aus dem eigenen, die andere aus einem andern Kanton vorzuschlagen. — Aus den Vorgeschlagenen ernennt die Tagsatzung die neun Mitglieder des B. Ger. und die vier Ersatzmänner; jedoch darf nie mehr als eine Person aus dem nämlichen Kanton erwählt werden.» Die Art. 87 und 88 des Entwurfes von 1833 lauteten beinahe wörtlich gleich.

Die *B. V. von 1848* enthielt folgende organisatorische Bestimmungen: Art. 95. «Das B. Ger. besteht aus elf Mitgliedern nebst Ersatzmännern, deren Anzahl durch die Bundesgetzgebung bestimmt wird.» Art. 96. «Die Mitglieder des B. Ger. und die Ersatzmänner werden von der B. Vers. gewählt. Ihre Amtsdauer ist drei Jahre. Nach der Gesamterneuerung des N. R. findet auch eine Gesamterneuerung des B. Ger. statt. — Die in der Zwischenzeit ledig gewordenen Stellen werden bei der nächstfolgenden Sitzung der B. Vers. für den Rest der Amtsdauer wieder besetzt.» Art. 98. «Der Präsident und der Vizepräsident des B. Ger. werden von der B. Vers. aus den Mitgliedern desselben jeweilen auf ein Jahr gewählt.» Art. 99. «Die Mitglieder des B. Ger. werden aus der Bundeskasse durch Taggelder entschädigt.» Art. 103. «Die Mitwirkung des B. Ger. bei Beurteilung von Straffällen wird durch die Bundesgesetzgebung bestimmt, welche über Versetzung in Anklagezustand, über Bildung des Assisen- und Kassationsgerichts das Nähere festsetzen wird.» Art. 107. «Die Bundesgesetzgebung wird das Nähere bestimmen:

a) über Aufstellung eines Staatsanwaltes;

b) über die Verbrechen und Vergehen, welche in die Kompetenz des B. Ger. fallen, und über die Strafgesetze, welche anzuwenden sind;

c) über das Verfahren, welches mündlich und öffentlich sein soll;

d) über die Gerichtskosten.»

Die Art. 97 und 100 entsprechen den heutigen Art. 108 und 109[1]).

Die Verfassungsvorschriften wurden ausgeführt durch das B. Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 5. Juni 1849 (A. S. I, 65).

Das B. Ger. war keine ständige Behörde; es versammelte sich ordentlicherweise sofort nach seiner Gesamterneuerung, und in denjenigen Jahren, in welchen eine solche nicht stattfand, unmittelbar vor dem reglementarischen Zusammentritte der beiden Räte, in der Regel in der Bundesstadt (Art. 5, 6 und 17 des zit. Gesetzes)[2]).

Der B. R. schlug in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870 vor, aus dem B. Ger. eine ständige, fix besoldete Behörde zu machen, beantragte aber nur eine entsprechende Abänderung des Art. 99. Die N. R. K. und die St. R. K. stimmten diesem Antrag zu[3]).

Der N. R. wies den Abschnitt über die Organisation und die Kompetenzen des B. Ger. zu näherer Antragstellung an die Kommission zurück, und diese beantragte darauf, die organisatorischen Bestimmungen auf die heutige Zahl zu reduzieren und an Stelle der gestrichenen Bestimmungen Art. 104 gleich wie heute Art. 107, Abs. 1 u. 3, zu fassen, ausgenommen die Worte: «und seiner Abteilungen», was vom Rate genehmigt wurde. Der 2. Absatz wurde vom St. R. auf Antrag *Airoldi* eingeschoben; der Antragsteller hatte zuerst vorgeschlagen: «Für Zivil- und Strafsachen soll je eine Abteilung des Gerichts bestellt werden aus Bürgern der deutschen, aus Bürgern der französischen und aus Bürgern der italienischen Schweiz», gab aber später seinem Antrag eine andere, die heutige Fassung. Die N. R. K. fand, es komme weniger darauf an, dass diese oder jene Sprache im Gericht vertreten sei, als dass die Mitglieder die verschiedenen Idiome wenigstens verstehen; er gab aber schliesslich dem St. R. nach[4]). — Der B. R. liess den Satz in seinem Entwurf vom 4. Juli 1873 fallen, und der N. R. schloss sich dieser Ansicht an, nachdem er auch einen Antrag *Brunner* verworfen hatte, der verlangen wollte, dass die Bundesrichter eine zureichende Kenntnis der drei Landessprachen besitzen. Der St. R. bestand aber darauf und setzte seine Ansicht durch[5]).

II. Auslegung[6]).

Abs. 1. Vgl. Art. 85, Ziff. 4.

Abs. 2. Vgl. Art. 116. Eine Sprache kann als vertreten gelten, wenn ein Mitglied des B. Ger. sie so gut wie seine Muttersprache versteht und spricht. Art. 107, Abs. 2, ist weniger im Interesse der Kan-

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 138—141, 183 f. Absch. 1847, IV, S. 146—149, 150, 154, 156; 278—280.

[2]) *G. Vogt,* Die Gerichtsbarkeit des eidg. Bundes nach heutigem schweiz. Staatsrecht, Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft, XIII, 1857, 362 ff. *Blumer,* Handbuch des schweiz. Bundesstaatsrechts, 1. Aufl., II, 51 ff.

[3]) Prot. der N. R K. 1871, S. 34, 36, 42, 173—177. Prot. der St. R. K. 1871, S. 102—130.

[4]) Prot. des N. R. 1872, S 483, 489, 568, 586. Prot. des St. R. vom 19. u. 21. Febr. 1872, Bulletin 467, 485 ff.

[5]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 55; der eidg. Räte 1873—74, S. 179, 364, 182.

[6]) *Konrad Ulrich,* Die Bestellung der Gerichte in den modernen Republiken; Diss. Zürich 1904, S. 68 ff.

tone, wie Art. 96, 2. Satz, aufgestellt, als im Interesse des rechtsuchenden Bürgers.

Abs. 3. Das B. Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 22. März 1893 (A. S. XIII, 455), Art. 1, setzte die Zahl der Bundesrichter auf 14 und diejenige der Ersatzmänner auf 9; das B. Ges. betr. die Übertragung der Oberaufsicht über das Schuldbetreibungs- und Konkurswesen an das B. Ger., vom 28. Juni 1895 (A. S. XV, 289), erhöhte die Zahl der Bundesrichter auf 16, und das B. Ges. betr. Vermehrung der Zahl der Mitglieder des B. Ger., vom 24. Juni 1904 (A. S. XX, 149), auf 19.

Die Amtsdauer beträgt 6 Jahre, die Besoldung der Mitglieder Fr. 12,000, diejenige des Präsidenten Fr. 13,000. Art. 4 und 197 des O. G., 22. März 1893.

Über die Abteilungen des B. Ger. vgl. Art. 16, 18 und 19 des erwähnten Gesetzes, abgeändert durch dasjenige vom 24. Juni 1904, und den durch B. Ges. vom 28. Juni 1895 eingefügten Art. 16bis.

Art. 108.

In das Bundesgericht kann jeder Schweizerbürger ernannt werden, der in den Nationalrat wählbar ist.

Die Mitglieder der Bundesversammlung und des Bundesrates und die von diesen Behörden gewählten Beamten können nicht gleichzeitig Mitglieder des Bundesgerichts sein.

Die Mitglieder des Bundesgerichtes dürfen keine andere Beamtung, sei es im Dienste der Eidgenossenschaft, sei es in einem Kanton, bekleiden, noch irgend einen andern Beruf oder Gewerbe treiben.

I. Geschichte.

Der entsprechende Artikel der *B. V. von 1848* wurde durch die Revisionskommission aufgestellt; in der Tagsatzung beantragte *Solothurn*, von der Wählbarkeit auszuschliessen: die Mitglieder der B. Vers. und diejenigen des B. R. und die von ihm ernannten Beamten; *Waadt* wollte auch die Mitglieder der kantonalen Regierungen und die von ihnen unmittelbar abhängigen Beamten unvereinbar erklären, und *Bern* wünschte, dass schon im 1. Abs. ausgedrückt werde, welche Beamte nicht in das B. Ger. gewählt werden dürfen. Alle diese Anträge wurden aber abgelehnt[1]).

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 160, 183. Absch. 1847, IV, S. 160 f., 278.

Der Artikel lautete in der Verfassung von 1848:

Art. 97. Abs. 1 = heute.

Abs. 2. «Die Mitglieder des B. R. und die von ihm gewählten Beamten können nicht zugleich Mitglieder des B. Ger. sein.»

Als der B. R. *1870* vorschlug, das B. Ger. zu einer ständigen Behörde zu machen und seine Kompetenzen auszudehnen, bemerkte er, in diesem Falle müsse auch durch Erweiterung der Inkompatibilitäten dafür gesorgt werden, dass die Mitglieder des Gerichts nach allen Seiten hin unabhängig gestellt werden und namentlich auch keine weiteren kantonalen Ämter übernehmen. Er wollte aber diese Regelung dem Gesetze überlassen. Die N. R. K. dagegen beantragte, Abs. 2 durch die Erwähnung der Mitglieder der B. Vers. zu ergänzen; dem Vorschlag der Minderheit ihrer III. Sektion, den 2. Absatz so zu fassen, wie heute der 3. lautet, folgte sie nicht. Der B. Gesetzgebung wurde vorbehalten, auch andere Beamtungen oder Berufsarten unvereinbar zu erklären. — Die St. R. K. war gleicher Ansicht [1]. Der N. R. schloss sich aber der Meinung der Minderheit seiner Komm. an, während der St. R. der Meinung der Mehrheit folgte; worauf der N. R. auch zustimmte [2]. Der Vorschlag, den 3. Absatz wie heute zu fassen, wurde 1873 im N. R. durch *Dubs* wieder aufgenommen und gutgeheissen; der St. R. schloss sich dieser Entscheidung an [3].

II. Auslegung.

Abs. 1. Vgl. oben Art. *75* und *96*. Die Frage, ob Schweizerbürger geistlichen Standes als Ersatzmänner wählbar sind, ist m. E. eher zu bejahen.

Abs. 2 spricht von der Unvereinbarkeit der Ämter, im Gegensatz zur Wählbarkeit. Den vom B. R. gewählten Beamten sind diejenigen gleichzustellen, die von einer anderen untergeordneten Verwaltungsbehörde gewählt werden; es kann dies hier noch weniger zweifelhaft sein als bei Art. 77.

Abs. 3 ist in gleicher Weise auszulegen wie Art. 97. Das O. G. vom 22. März 1893, Art. 3, Abs. 2, ist bewusster- und berechtigtermassen über diese Bestimmung hinausgegangen, indem es vorschreibt: «Sie dürfen auch nicht bei Vereinigungen oder Anstalten, welche einen Erwerb bezwecken, die Stellung von Direktoren oder von Mitgliedern der Verwaltung, des Vorstandes oder des Aufsichtsrates einnehmen [4].»

Die Unvereinbarkeitsgründe beziehen sich nicht auf die Ersatzmänner; vgl. Art. 77 und 97 [5].

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 35, 42, 174–176, 226; der St. R. K., S. 103.

[2]) Prot. des N. R. 1872, S. 470, 483—489, 506 f., 568. Prot. des St. R. vom 19. Febr. 1872 Bulletin, S. 468.

[3]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 180, 364.

[4]) Botschaft des B. R. vom 23. Mai 1874; B. Bl. 1874, I, 1061; 1892, II, 281. *Reichel*, Kommentar des O. G., S. 4. Betreffend die Unvereinbarkeit der Beamten und Angestellten der Bundesgerichtskanzlei vgl. O. G. Art. 9, Abs. 2.

[5]) *Reichel*, a. a. O.

Art. 109.

Das Bundesgericht bestellt seine Kanzlei.

Diese Bestimmung wurde schon durch die Revisionskommission von 1848 aufgestellt und unverändert als Art. 100 angenommen [1]. 1872 beantragte die N. R. K. die Fassung: «Das B. Ger. organisiert seine Kanzlei und wählt deren Personal.» *Kaiser* dagegen beantragte, die Wahl des Kanzleipersonals nicht dem B. Ger. zu übertragen. Beide Anträge wurden abgelehnt [2].

Art. 109 hat nicht den Sinn, dass das B. Ger. befugt sei, die Organisation seiner Kanzlei, d. h. den Geschäftskreis der einzelnen Beamtungen, ihre hierarchische Ordnung und ihre Zahl festzustellen; diese Befugnis steht nach Art. 85, Ziff. 3, zunächst der B. Vers. zu. Vgl. O. G. Art. 6, abgeändert durch B. Ges. vom 28. Juni 1895, Art. 7—9. Das B. Ger. hat nur die Wahlen zu den vom Gesetze vorgesehenen Beamtungen zu treffen.

Art. 110.

Das Bundesgericht beurteilt zivilrechtliche Streitigkeiten:

1. **zwischen dem Bunde und den Kantonen;**
2. **zwischen dem Bunde einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, wenn der Streitgegenstand eine durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmende Bedeutung hat und wenn diese Korporationen oder Privaten Kläger sind;**
3. **zwischen den Kantonen unter sich;**
4. **zwischen den Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten andererseits, wenn der Streitgegenstand von einer durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Bedeutung ist und eine Partei es verlangt.**

Das Bundesgericht urteilt ferner über Anstände betreffend Heimatlosigkeit, sowie über Bürgerrechtsstreitigkeiten zwischen Gemeinden verschiedener Kantone.

---

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 139, 160, 183. Absch. 1847, IV, S. 150, 178.
[2] Prot. des N. R. 1872, S. 489.

I. Geschichte.

Der *Entwurf von 1833* hatte folgenden Art. 97 aufgestellt:

«Das B. Ger. urteilt als Zivilgericht:

a) Über Streitigkeiten zwischen Kantonen. Das B. Ger. kann von jeder Kantonsregierung auch im Interesse von Privatpersonen und Korporationen des eigenen Kantons gegen die Regierung eines andern Kantons wegen Verweigerung oder Verletzung bundesmässiger Rechte angerufen werden.

b) Über Streitigkeiten zwischen dem B. R. und einem Kanton, auf Überweisung der Tagsatzung.

c) Bei bewaffnetem Einschreiten des Bundes (Art. 47 *k*), und zwar ausschliesslich infolge einer mit Ermächtigung der Tagsatzung geschehenen Überweisung des B. R., über Fälle von Verletzung der Kantonsverfassung durch die Behörden des betreffenden Kantons.

d) Über Streitigkeiten in bezug auf Heimatlosigkeit (Art. 37).»

Der Entwurf von 1832 unterschied sich vom angeführten wesentlich dadurch, dass er Streitigkeiten zwischen Kantonen erst nach einem misslungenen Vermittlungsversuch durch den B. R. an das B. Ger. überweisen liess, und dass er bei lit. *c* den weiteren Absatz anfügte: «In solchen Fällen verordnet das B. Ger. teils Herstellung des verfassungsmässigen Zustandes, teils Entschädigung an den verletzten Teil durch den Kanton oder dessen verantwortliche Amtspersonen.»

In der *Revisionskommission von 1848* wurde beschlossen:

Art. 97. «Das B. Ger. urteilt als *Zivilgericht* über Streitigkeiten, welche nicht politischer Natur sind:

a. zwischen Kantonen unter sich;

b. zwischen dem Bund einerseits und Kantonen, Korporationen oder Privaten anderseits;

c. über Streitigkeiten in bezug auf Heimatlosigkeit.

In den unter lit. *a* und *b* bezeichneten Fällen geschieht die Überweisung an das B. Ger. durch den B. R. Wenn dieser die Frage, ob ein Gegenstand vor das B. Ger. gehöre, zweifelhaft findet oder verneinend beantwortet, so entscheidet hierüber die B. Vers.»

Bestritten war namentlich dieses Überweisungsrecht des B. R. und der B. Vers.[1]).

In der Tagsatzung beantragte *Schaffhausen* die weitere Kompetenz: «Das B. Ger. urteilt auch über Streitigkeiten zwischen Kantonen einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits, auf Anrufen der einen oder andern Partei», wozu *Zürich* den Zusatz beantragte: «insofern der Streitgegenstand eine bestimmte Summe übersteigt». *Solothurn* schlug vor als lit. *b*: «Zwischen dem Bund einerseits und den Kantonen anderseits, sowie zwischen dem Bund einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits, sofern diese Kläger sind», und ferner den Zusatz: «Durch die Gesetzgebung eines Kantons können im Einverständnisse mit den Bundesbehörden noch andere Streitfälle dem B. Ger. übertragen werden.» Der Antrag *Schaffhausen-Zürich* wurde mit der Notwendigkeit begründet, für die eine wie für die andere Partei eine ganz unparteiliche, unabhängige Instanz zu schaffen. Diese Anträge wurden indessen abgelehnt; nur im letzten Absatz wurden die Worte: «zweifel-

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 110, 139, 160, 183.

haft findet oder» gestrichen. — In zweiter Beratung legten die Redaktoren eine mit der später beschlossenen übereinstimmende Fassung vor, nach welcher Streitigkeiten zwischen Bund und Korporationen und Privaten nur an das B. Ger. gelangen sollten, wenn das Streitobjekt einen beträchtlichen, durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Wert habe. *Solothurn* erneuerte seinen ersten, oben erwähnten Antrag; wenn der vorliegende Wortlaut beibehalten werde, so gerate man mit dem Grundsatz des Art. 51 in Widerspruch, dass kein Bürger seinem ordentlichen, verfassungsmässigen Richter entzogen werden dürfe. Dagegen wurde u. a. eingewendet, die Frage, ob jemand Kläger oder Beklagter sei, werde durch Advokatenkünste leicht verdreht, und es könnte durch verschiedene Mittel der Intrigue der gut gemeinte Zwecke des Antrages illusorisch gemacht werden. Der Antrag erhielt dennoch die Mehrheit[1]); Art. 97 lautete demnach in der Verfassung von 1848:

«Das B. Ger. urteilt als *Zivilgericht* 1. über Streitigkeiten, welche nicht politischer Natur sind:

a) zwischen Kantonen unter sich;

b) zwischen dem Bund und einem Kanton;

2. über Streitigkeiten zwischen dem Bund einerseits und Korporationen oder Privaten anderseits, wenn diese Korporationen oder Privaten Kläger sind und der Streitgegenstand von einem beträchtlichen, durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Werte ist;

3. über Streitigkeiten in bezug auf Heimatlosigkeit.

In den unter Nr. 1, lit. *a* und *b* bezeichneten Fällen geschieht die Überweisung an das B. Ger. durch den B. R. Wenn dieser die Frage, ob ein Gegenstand vor das B. Ger. gehöre, verneinend beantwortet, so entscheidet hierüber die B. Vers.»

Im Jahre 1871 beantragte *Kaiser* in der N. R. K., dem bisherigen Art. 101 folgende Ziffern beizufügen:

«3. über Streitigkeiten zwischen Kantonen einerseits, Korporationen oder Privaten anderseits, wenn diese Korporationen oder Privaten Kläger sind und der Streitgegenstand von einem beträchtlichen, durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Werte ist;

4. über Streitigkeiten zwischen Korporationen und Privaten, die nicht im gleichen Kanton ihren Wohnsitz haben, wenn der Streitgegenstand von einem erheblichen, durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Werte ist.»

Letztere Bestimmung hätte z. B. Anwendung zu finden auf Klagen betr. Haftpflicht oder Ausschlussrechte der Eisenbahnen; eine ähnliche Kompetenz haben die Bundesgerichte Nordamerikas. *Heer* beantragt bei beiden neuen Ziffern beizufügen: «sofern eine Partei es verlangt». Der Antrag *Kaiser* wurde mit diesem Amendement angenommen[2]).

In der St. R. K. wurde vorgeschlagen, in Ziff. 4, lit. *a*, die Worte «sofern diese Korporationen oder Privaten Kläger sind», zu streichen, da auch einer Regierung daran gelegen sein könne, vor dem B. Ger. aufzutreten; ferner wurde beantragt, das letzte Lemma als eine unnütze Komplikation fallen zu lassen, was beides beschlossen wurde[3]).

---

[1]) Absch. 1847, IV, S. 151, 278 f.
[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 36, 42, 173—178, 227.
[3]) Prot. der St. R. K. 1871, S. 103—104.

Im N. R. wurde hauptsächlich darüber gestritten, ob Streitigkeiten zwischen Bund und Privaten nur ans B. Ger. gelangen sollen, wenn die Privaten Kläger seien, und ob auch Streitigkeiten zwischen Personen, die nicht im gleichen Kanton ihren Wohnsitz haben, vom B. Ger. zu entscheiden seien, was namentlich von *Kaiser* als vielempfundenes Bedürfnis bezeichnet wurde, während *Philippin* dagegen erinnerte, dass in der Schweiz nicht wie in N. A. Bundesrichter I. Instanz vorhanden seien, welche ihre Sprengel von Zeit zu Zeit bereisen und s. z. s. die Justiz den Streitenden entgegenbringen. Derselbe bemerkte namens der Kommission, der Ausdruck «Wert» sei durch «Bedeutung» ersetzt worden, um anzudeuten, dass nicht bloss der materielle Wert einer Sache, sondern auch der geistige Inhalt, das Prinzip, in Anschlag kommen solle. Schliesslich erhielt die Bestimmung, bis auf den letzten Absatz, die heutige Fassung[1].

Der St. R. beschloss diese Änderung ohne weitere Begründung[2]; der N. R. stimmte zu.

In den Verhandlungen von 1873—74 wurde dieses Ergebnis nach kurzer Diskussion bestätigt[3].

II. Auslegung[4].

1. Während das B. Ges. über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 27. Juni 1874, Art. 27, den Verfassungsartikel inhaltlich übereinstimmend wiedergab, mit dem blossen Zusatz des Streitwertes in Ziff. 2 und 4, hat das geltende B. Ges. in den entsprechenden Art. 48 und 49 noch eine Erläuterung der Ziff. 4 angefügt. Das im Ausführungsgesetz gegenüber der Verfassung enthaltene Neue soll hier nicht besprochen werden, also namentlich nicht die Berechnung des Streitwertes; was dagegen im O. G. nur aus der Verfassung in etwas anderer Form wiederholt ist, behält seinen verfassungsrechtlichen Charakter und ist hier zu erörtern.

2. Art. 110 B. V. stellt Bestimmungen prozessualischer Natur auf; er schafft einen eidg. *Gerichtsstand* zur Geltendmachung bestehender Ansprüche; er schafft *kein materielles Recht,* auf Grund dessen Ansprüche erhoben werden könnten, die sonst nicht gegeben wären, z. B. Ansprüche auf Entschädigung wegen Aufhebung wohlerworbener Rechte durch den Staat, oder wegen unerlaubter Handlungen der Staatsbeamten; es entscheidet sich daher nach kantonalem Recht, sofern nicht eidgenössisches auf die Sache selbst anwendbar ist, ob ein Anspruch überhaupt bestehe; B. Ger. III, 146; VI, 136; X, 290; XII, 708; XV, 917. Art. 110 will lediglich zur Beurteilung gegebener Ansprüche eine unparteiische oder überhaupt eine gerichtliche Instanz errichten, wo sonst keine bestände, wie bei Streitigkeiten zwischen Bund und Kantonen und zwischen Kantonen.

Nach welchem Recht die streitigen Ansprüche zu beurteilen seien, nach kantonalem oder eidgenössischem Recht, ist gleichgültig; B. Ger.

---

[1]) Prot. des N. R. 1872, S. 453 ff., 491 ff., 569.

[2]) Prot. des St. R. vom 19. Febr. 1872; Bulletin, S. 471.

[3]) Prot. der N. R. K. 1873, S. 56; Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 182, 365.

[4]) *Reichel,* Kommentar des O. G. vom 22. März 1893, 1896, 40 ff. *Blumer-Morel,* III, 145

VI, 302; ist kantonales Recht anwendbar, so kann es das B. Ger. eben so selbständig auslegen wie ein kantonales Gericht; der Zweck der Bestimmung fordert es; B. Ger. XII, 708; 11. Nov. 1892 i. S. Banca cantonale ticinese c. il cant. del Ticino, XVIII, 964.

3. Das B. Ger. ist *ausschliesslich kompetent*, über die zivilrechtlichen Streitigkeiten der Ziff. 1—3 zu entscheiden; betr. Abs. 2: B. Ger. IV, 189; VI, 660; XXI, 315. Die Streitigkeiten der Ziff. 4 dagegen können auch durch kantonale Gerichte beurteilt werden, falls solche kompetent sind und keine der Parteien verlangt, dass das B. Ger. entscheide. Art. 110, Ziff. 4, garantiert nicht den kantonalen Gerichtsstand; er kann ohne Verfassungswidrigkeit und Rechtsverweigerung aufgehoben werden im Sinne der ausschliesslichen Kompetenz des Bundesgerichts; B. Ger. vom 7. Januar 1876 i. S. Moser, II, 1. Besteht aber ein kantonaler Gerichtsstand, so hat der Kläger die Wahl zwischen diesem und dem Bundesgericht[1]. Erhebt der Kläger Klage beim B. Ger., so kann er nur noch mit Einwilligung des Beklagten den Streit vor das kantonale Forum bringen; erhebt er Klage beim kantonalen Gericht, so ist er gebunden, sobald der Beklagte sich auf den Streit eingelassen hat oder zur Einlassung verpflichtet ist; B. Ger. IV, 62; VIII, 356; 10. April 1895 i. S. Arnold u. K. g. Uri, XXI, 408; 17. Januar 1900 i. S. Genossenkorporation Stans g. Nidwalden, XXVI, I, 60; eine Verletzung des Art. 110 B. V. wäre es aber nicht, wenn der Kläger nach kantonalem Prozessrecht auch noch später Abstand nehmen könnte. Der Beklagte kann das B. Ger. anrufen, solange er sich auf den Prozess vor dem kantonalen Richter nicht eingelassen oder zur Einlassung verpflichtet hat. Tritt das kantonale Gericht trotz begründeter Kompetenzeinrede der einen oder andern Partei auf die Sache ein, so steht ihnen der staatsrechtliche Rekurs an das B. Ger. zu auf Grund von Art. 113, Ziff. 3, B. V. und Art. 189, Abs. 3, des O. G.; B. Ger. I, 527; IV, 62; VII, 36; XXVI, I, 60; XXVII, II, 687.

Hat das kantonale Gericht gesprochen, so kann auf Grund von Art. 110 nicht nachträglich das B. Ger. als zweite Instanz angerufen werden; möglicherweise ist aber die Berufung gemäss Art. 56 ff. des O. G. zulässig, wenn eidg. Recht anwendbar war; B. Ger. I, 522; II, 161; IV, 582; VI, 314; XI, 66, 585; 9. Sept. 1892 i. S. Müller, XVIII, 503.

Der Wille der Parteien ist also erheblich für die Frage, ob kantonale und eidg. Gerichtsbarkeit begründet sei; er ist aber unerheblich für die Begründung der sachlichen Zuständigkeit des B. Ger.; die Zustimmung der Parteien ersetzt einen fehlenden Zuständigkeitsgrund sachlicher Art nicht, z. B. betr. die zivilrechtliche Natur der Streitigkeit[2] oder die rechtliche Qualität der Parteien; vgl. aber Art. 111 B. V. Das B. Ger. hat stets erkannt, dass es seine Kompetenz von Amtes wegen zu prüfen habe.

Die Zuständigkeit des B. Ger. ist in keinem der Fälle von Ziff. 1—4 eine ausschliessliche in dem Sinne, dass die Parteien ihre Streitigkeit

---

[1]) Auch bei Streitigkeiten über gewerbliches Eigentum, trotz der Vorschrift, dass die Kantone zur Behandlung derselben eine Gerichtsstelle als einzige kantonale Instanz bezeichnen sollen. Art. 30 des Patentgesetzes vom 29. Juni 1888; Art. 33 des Muster- und Modellgesetzes vom 30. März 1900; Art. 29 des Markengesetzes vom 26. Sept. 1890. B. Ger. XXII, 638.

[2]) Unrichtig: B. Ger. XVII, 550.

nicht einem Schiedsgericht unterbreiten könnten; B. Ger. XVIII, 964. Auch bei Bürgerrechtsstreitigkeiten können sie es tun, aber ohne den Rechten der beteiligten Personen zu präjudizieren.

4. A. Im allgemeinen. Die in Ziff. 1—4 erwähnten Streitigkeiten fallen nur dann in die Kompetenz des B. Ger., wenn sie *zivilrechtlicher* Natur sind; die Bestimmung dieses Begriffes bietet bei der Kompetenzfrage am meisten Schwierigkeiten.

Während bei Art. 64 B. V. zu untersuchen war, wie die Grenze der Kompetenz des Bundes zur Privatgesetzgebung zu ziehen sei, fragt es sich hier, wie auf dem Boden des gegebenen positiven Rechts zwischen öffentlichrechtlichen und zivilrechtlichen Streitigkeiten, Ansprüchen oder Rechtsnormen, was alles auf dasselbe herauskommt, zu unterscheiden sei.

Mit der Frage, durch was sich das öffentliche Recht vom Privatrecht unterscheide, kann zweierlei gemeint sein: entweder die Erklärung des Sprachgebrauchs oder die Erforschung und Bestimmung des richtigen Unterscheidungsmerkmals. Die erste Frage wird zur Erkenntnis führen, dass der Sprachgebrauch kein einheitlicher ist, weil jedermann mit den Worten «öffentlichrechtlich» und «privatrechtlich» einen etwas anderen Begriff bezeichnet.

Die zweite Frage aber, die allein auf die Klärung wissenschaftlicher Erkenntnis hinzielt, kann in so unbestimmter Fassung nicht beantwortet werden: Die juristischen Normen, wie der Gegenstand jedes anderen Wissensgebietes, können nach beliebigen und beliebig vielen Gesichtspunkten eingeteilt werden; jede Einteilung, wenn sie auf einem einheitlichen Kriterium beruht, ist konsequent; ob sie aber richtig, ob das gewählte Kriterium das richtige sei, kann nur im Hinblick auf einen bestimmten Zweck gefragt und entschieden werden, welchem die Unterscheidung dienen soll. Die Teilung des Rechtsstoffes in öffentliches und privates Recht kann nach verschiedenen Merkmalen erfolgen: zwingende Natur der Norm, Beteiligung des Staates am Rechtsverhältnis, Berücksichtigung des öffentlichen Interesses u. a. m.; ob aber dieses oder jenes Merkmal das richtige sei, kann nur dann entschieden werden, wenn vorausgeschickt wird, was aus der Unterscheidung abgeleitet werden soll; setzt man der Unterscheidung keinen solchen praktischen Zweck, so mag jeder unterscheiden, wie er will, es kann ihm kein Irrtum nachgewiesen werden, sofern er nur seinem einmal gewählten Kriterium treu bleibt, so wenig als der Botaniker einen Irrtum begeht, der die Pflanzen nach der Farbe der Blumen einteilt.

Die Unterscheidung zwischen öffentlichem und Privatrecht wird nun im positiven Recht hauptsächlich in zwei Fragen verwertet: in der Frage, welche materiellen Rechtssätze auf ein Rechtsverhältnis anwendbar seien, und in der Frage, nach welchem Verfahren und vor welcher Gerichtsbarkeit das streitige Verhältnis zu beurteilen sei. Steht dies beides fest, so hat die weitere Frage nach der öffentlichrechtlichen oder privatrechtlichen Natur des Rechtsverhältnisses keinen Sinn mehr. Wenn z. B. feststeht, dass der unschuldig Verhaftete unter bestimmten Voraussetzungen Anspruch auf eine bestimmte Entschädigung hat und dass über diesen Anspruch im Bestreitungsfalle nach einem bestimmten Verfahren zu erkennen ist, so mag jeder nach Belieben einen solchen An-

spruch zu den öffentlichrechtlichen oder zu den zivilrechtlichen legen; es kann ihm eine Unrichtigkeit nach positivem Recht nicht nachgewiesen werden, weil diese Einteilung zu keinem praktischen Resultate führt, das auf seine Übereinstimmung mit dem positiven Recht geprüft werden könnte; ob die abgeteilten Rechtsgebiete öffentliches und privates Recht heissen dürfen, ist nur noch eine terminologische Frage. Aus dem gleichen Grunde ist nicht zu entscheiden, ob das einmal bekannte anzuwendende materielle oder formelle Recht als solches privatrechtlicher oder öffentlicher Natur sei.

Art. 110 der B. V. setzt nun offenbar die zivilrechtliche oder nicht zivilrechtliche Eigenschaft jedes Anspruches als etwas im Momente, wo sich die Kompetenz des B. Ger. bestimmen soll, Gegebenes voraus, wohl von der Anschauung ausgehend, dass jeder Anspruch sich seiner «inneren Natur» nach als ein zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher ausweisen müsse. Nach obiger Ausführung kann aber die Frage in dieser Allgemeinheit nicht gestellt werden, sondern es kann bei jeder Streitigkeit nach richtiger Methode nur gefragt werden: ist die Streitigkeit nach diesen oder jenen materiellen Rechtsgrundsätzen, eidg. oder kantonalen Rechts, und in diesem oder jenem kantonalrechtlichen Verfahren (wenn nicht das B. Ger. ausschliesslich kompetent ist) zu beurteilen. Dies aber einmal bekannt, so bliebe noch zu entscheiden, ob das anwendbare materielle und eventuell das formelle Recht in die Kategorie des öffentlichen oder des privaten Rechts gehören, was wiederum, mangels praktischer Folgen, unmöglich ist. Wenn z. B. ein Privater gegen einen Kanton den Anspruch auf Entschädigung wegen gesetzwidriger oder bloss objektiv unbegründeter Verhaftung erhebt, so kann wohl untersucht werden, ob ein solcher Anspruch im Recht des betr. Kantons nach gemeinem Zivilrecht oder nach einem Spezialgesetz über die Verantwortlichkeit des Staates zu beurteilen sei und ob zur Beurteilung desselben die ordentlichen Gerichte, ein Spezialgericht (z. B. eine Strafgerichtsbehörde) oder die Verwaltungsbehörde kompetent sei; damit ist aber das praktische Interesse der Frage nach dem kantonalen Recht erschöpft und die Möglichkeit verschwunden, zu entscheiden, ob der so geartete Anspruch zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur sei.

Die Entscheidung der Präjudizialfrage, ob ein vor B. Ger. gebrachter Anspruch zivilrechtlicher Natur sei, stösst somit auf zwei Hindernisse:

1. Die Unmöglichkeit, zu sagen, ob der Anspruch nach seiner materiellen und formellen Ausgestaltung im betr. kantonalen Recht zivilrechtlicher oder öffentlichrechtlicher Natur ist.

2. Die Ungewissheit, ob bei Ansprüchen, für die ein kantonalrechtliches Forum besteht (Art. 110, Ziff. 4), die zivilrechtliche Natur (falls solche festzustellen wäre) des anzuwendenden materiellen oder des formellen Rechts ausschlaggebend sei, m. a. W. ob als zivilrechtlich anzusehen sei der Anspruch, der nach Zivilrecht oder derjenige, der durch ein (kantonales) Zivilgericht nach Zivilprozess beurteilt wird.

Da aber eine praktische Lösung doch gefunden werden muss, wird etwa folgendermassen vorzugehen sein: ob ein materieller Rechtssatz öffentlichrechtlicher oder zivilrechtlicher Natur sei i. S. von Art. 110 B. V., wird sich am ehesten danach entscheiden lassen, ob er vorwiegend im Dienste öffentlicher oder privater Interessen stehe oder, anders formuliert, ob er ein Rechtsverhältnis des Einzelnen zum Staat als Inhaber

der öffentlichen Gewalt oder als koordiniertem Rechtssubjekt begründe (streng genommen eine petitio principii). Charakterisieren sich der Anspruch und das Gesetz, auf das er sich stützt, demnach als zivilrechtliche, so sind sie auch als zivilrechtliche i. S. von Art. 110 B. V. anzusehen, gleichviel, ob sie im Falle von Ziff. 4 vor einem (kantonalen) Zivilgericht oder vor einer anderen Behörde zu verfolgen wären; charakterisiert sich der Anspruch als öffentlichrechtlicher, so ist er dennoch als zivilrechtlicher i. S. von Art. 110 zu betrachten, wenn er im Falle der Ziff. 4 nach kantonalem Recht durch die ordentlichen Zivilgerichte zu entscheiden ist; denn wenn das kantonale Recht dem Anspruch den gleichen Schutz wie den zivilrechtlichen Ansprüchen angedeihen lässt, so ist nicht einzusehen, warum er vor der eidg. Gerichtsbarkeit, die ja zum Schutze des Rechts des Einzelnen geschaffen ist, schutzlos gelassen werden sollte.

Das B. Ger. ist in diesem letzten Punkte a. A., weil es die «innere Natur» des Anspruchs als ausschlaggebend erachtet. B. Ger. vom 7. Juli 1882 i. S. Etat de Vaud VIII, 542; 3. Febr. 1888 i. S. Schweiz. Rentenanstalt XIV, 140 (Steuerforderungen)[1].

Das B. Ger. hatte sogar vor dem O. G. von 1893 den Grundsatz aufgestellt, dass zivilrechtliche Ansprüche, die nach kantonalem Recht in einem besonderen Verfahren zu verfolgen seien, wie es bei Entschädigungsansprüchen aus Expropriation allgemein, aus schuldlos erlittener Haft u. a. zuweilen der Fall ist, nicht vor das B. Ger. gebracht werden können, sofern nur das besondere Verfahren in der eigentlichen Natur der Streitigkeit begründet sei; B. Ger. II, 302; 29. Januar 1881 i. S. Basel-stadt g. Kaltenmeyer, VII, 36; VIII, 125; IX, 604 (Bürgschaft für Angeschuldigte); X, 593; XXII, 246. Das geltende O. G. enthält nun in Art. 48, Ziff. 4, den Zusatz: «ohne Unterschied, ob die Streitigkeiten nach der kantonalen Gesetzgebung im ordentlichen Prozessverfahren auszutragen sind oder ob dafür ein besonderes Verfahren vor besonderen Behörden vorgeschrieben ist. — Von dieser Bestimmung sind die Expropriationsstreitigkeiten ausgenommen.» Diese Ausnahme ist gewiss gerechtfertigt[2]. Sieht das eidg. Recht selbst ein besonderes Verfahren vor, wie z. T. das Militärverwaltungsreglement vom 27. März 1885 für Entschädigungsansprüche wegen Kulturschäden, Art. 280 ff. (vgl. aber B. Ger. XII, 693), und für Verantwortlichkeitsklagen das B. Ges. vom 9. Dez. 1850, so ist dieses Verfahren einzuhalten; wenn sich das besondere Verfahren aus sachlichen Gründen rechtfertigt, so ist es nicht verfassungswidrig.

Was endlich die Unterscheidung zwischen zivilrechtlichen und öffentlichen Ansprüchen (oder Gesetzen) betrifft, so kann die Begründung der b. ger. Entscheidungen, gemäss obiger Ausführung, nicht schlüssig sein; in der Tat lässt sie sich oft leicht ins Gegenteil umkehren. Sie ist aber auch nicht immer auf einem einheitlichen und konsequent durchgeführten Kriterium aufgebaut, was wohl möglich wäre. Zur Begründung des Gesagten sei verwiesen auf folgende Urteile: B. Ger. vom 16. Januar 1880 i. S. Bankkommission der St. Gallischen Kantonalbank geg. Kanton St. Gallen, VI, 43[3]); VIII, 125, 546; IX, 604; 1. Okt. 1886 i. S. Ladame c.

---

[1]) *Hafner* war in seinem Entwurfe zu einem O. G., Bern 1888, S. 75, unserer Ansicht.

[2]) Vgl. *Hafner*, a. a. O., S. 76, sprach sich namentlich gegen die frühere Praxis aus

[3]) Wo der Satz steht: „Eine Schadenersatzklage kann daher nur gegen Private geführt werden", weil der Beamte als solcher nicht Subjekt von Vermögensrechten sein könne.

Neuchâtel, XII, 708; 9. Okt. 1891 i. S. Schaffhausen g. Aluminium-Ind. A. G. Neuhausen, XVII, 781; XXIII, 1256; 8. Mai 1903 i. S. Lavey-les-Bains, XXIX, II, 439.

Im allgemeinen folgt das B. Ger. der Tendenz, jeden vermögensrechtlichen Rechtsanspruch von Privatpersonen gegen den Staat als zivilrechtlichen zu behandeln, d. h. ihm den Schutz der eidg. Gerichtsbarkeit zu gewähren, was gewiss der Absicht der B. V. entspricht, obschon man oft geneigt wäre, den Anspruch eher als öffentlichrechtlichen zu erklären. So hat das B. Ger. die pekuniären Ansprüche, die auf Konzessionen, Steuerprivilegien, Anstellung von Beamten beruhen, als zivilrechtliche erklärt.

B. Die Praxis des B. Ger. im einzelnen. Für die Natur der Streitigkeit ist massgebend der Anspruch, wie er erhoben wird, vgl oben S. 613 f. Gleichgültig ist natürlich, dass der Kläger seinen Anspruch als zivilrechtlichen bezeichnet, B. Ger. V, 604; XIX, 611; ruft aber der Kläger einen privatrechtlichen Klagegrund an, z. B. einen Dienstvertrag oder eine privatrechtliche Dienstbarkeit, so ist die Kompetenz des B. Ger. begründet, wenn auch der Kläger, um durchzudringen, sich auf verwaltungsrechtliche Normen hätte stützen müssen; B. Ger. XI, 563 vom 19. Febr. 1892 i. S. K. g. Baselstadt, XVIII, 391; XIX, 611; XXIX, 783. Zur Charakterisierung des erhobenen Anspruches dient aber nicht bloss das Klagegesuch, sondern auch die tatsächliche und rechtliche Begründung; B. Ger. XXIX, II, 439. Die Antwort des Beklagten muss ausser acht gelassen werden, da er nicht verpflichtet ist, sich über die Sache selber zu erklären, wenn das Gericht unzuständig ist; unzutreffend deshalb: B. Ger. XVIII, 422; auch die vertragliche Form des Rechtstitels ist nicht entscheidend: B. Ger. XXIX, II, 425 (Steuervertrag). Die Natur des Anspruches ist zuerst nach demjenigen Recht festzustellen, auf das er sich stützt, eidg. oder kantonales; darauf ist nach einheitlichem Kriterium zu entscheiden, ob der so geartete Anspruch ein zivilrechtlicher i. S. von Art. 110 sei, vgl. B. Ger. X, 290. Ähnlich bei Art. *59*, S. 604.

Wenn die Kompetenzfrage von der Sache selbst nicht getrennt werden kann, z. B. weil der zivilrechtliche Charakter der Klage von einem Vertrage abhängt, dessen Existenz bestritten ist, so muss die Kompetenzfrage bejaht und auf die Sache eingetreten werden; stellt sich dann heraus, dass der Vertrag nicht existiert, so ist die Klage abzuweisen; B. Ger. vom 1. Juli 1893 i. S. Graubünden g. Schweiz. Eisenbahnbank, XIX, 611, 976.

Als zivilrechtliche Ansprüche hat das B. Ger. bezeichnet die pekuniären Ansprüche des Beamten an den Staat aus seinem Anstellungsverhältnis, namentlich den Anspruch auf Gehalt; B. Ger. IV, 318; VI, 474: vorzeitige Aufhebung der Anstellung; IX, 212: dasselbe infolge Inkraftretens eines neuen Gesetzes; XIII, 347; XVI, 441: Kollegiengelder der Professoren; XV, 892: Anteil des anzeigenden Landjägers an der Busse; XII, 708: Amtsentsetzung; das B. Ger. prüfte, ob der von der Oberbehörde angeführte Entsetzungsgrund gesetzlich vorgesehen sei, nicht aber, ob er in concreto zutreffe; ähnlich: XIII, 540. Die Haftung des Bundes für Unfall eines Postangestellten *vor* dem Postregalgesetz vom 5. April 1894 betraf der Fall B. Ger. III, 402. Nachdem aber der B. R. den Kompetenzkonflikt erhoben hatte, entschied die B. Vers. am

15. Dez. 1892, der B. R. sei zu dieser Entscheidung zuständig; Botschaft vom 30. Mai 1892 (B. Bl. 1892, III, 501, 534; 1893, II, 335, 890); *Salis*, I, Nr. 244. Das B. Ger. erklärte dagegen den Anspruch auf Militärpension *vor* dem B. Ges. vom 28. Juni 1901 als einen öffentlichrechtlichen; B. Ger. XXIV, II, 282. Die Forderung des Staates aus der Verantwortlichkeit der Beamten wurde als zivilrechtliche erklärt: B. Ger. I, 527; II, 513 (Bund); III, 606 (Bezirk); VI, 43.

Die Steuerforderung des Staates ist eine öffentlichrechtliche; B. Ger. II, 157; VIII, 542: Erbschaftssteuer; XVII, 29: Nachsteuer; ebenso der Anspruch auf Rückerstattung zuviel bezahlter Steuern: B. Ger. vom 3. Febr. 1888 i. S. Schweiz. Rentenanstalt g. Zürich, XIV, 140. *Steuerprivilegien* dagegen, z. B. auf Grund von Eisenbahnkonzessionen, begründen ein Privatrecht auf Entschädigung; B. Ger. V, 550; VI, 48; VIII, 547; IX, 101 (interkantonaler Vertrag); XI, 99; XII, 718; XIX, 976; XXIV, 639. Das B. Ger. scheint überhaupt die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten der Konzessionen als zivilrechtlicher Natur ansehen zu wollen; B. Ger. vom 5. Dez. 1891 i. S. Gotthardbahn g. Bund, XVII, 796, wo es sich in der Tat darum drehte, ob die Konzessionsgebühr nach der Konzession oder nach dem Gesetz vom 23. Dez. 1872 zu berechnen sei. Vgl. VIII, 132 (Unterhalt einer Strasse); VIII, 356. Die durch b. r. Verfügung auferlegte Pflicht, einen neuen Tarif für die Zollabfertigung einzuführen, kann die Eisenbahn nicht im Zivilwege bestreiten, im Gegensatz zur Schadenersatzforderung: B. Ger. V, 604; eine Eisenbahngesellschaft kann im Zivilwege Ersatz verlangen für die Kosten der Führung eines in der Konzession nicht vorgesehenen Zuges: B. Ger. vom 21. Dez. 1877 i. S. Compagnie de la S.-O., III, 791. Den Steuern werden gleichgestellt Mehrwertsbeiträge nach bernischem Recht: B. Ger. XIII, 340; und andere durch Gesetz auferlegte öffentliche Lasten wie Strassenbau und -unterhalt; B. Ger. XII, 479; VIII, 132; während die gleichen Leistungen, wenn sie durch freiwillig eingegangenen Vertrag eingegangen werden, zivilrechtliche sind: B. Ger. VII, 556; X, 157; IX, 202; XI, 563; XIX, 623. Dasselbe bezüglich des vertraglich übernommenen Eisenbahnbaues: B. Ger. XI, 236; XV, 908.

Die auf Vertrag oder dinglichem Rechtsverhältnis begründete Pflicht des Staates zum Bau und Unterhalt von Kirchen ist eine zivilrechtliche: B. Ger. VIII, 570; XV, 49; XIX, 657 vgl. IX, 365; während er im Wege der Zivilklage nicht angehalten werden kann, öffentliche (Kirchen-) Ämter zu errichten: B. Ger. VIII, 570, noch eine bessere Vermögensausscheidung zwischen verschiedenen Gemeindekorporationen vorzunehmen: B. Ger. III, 422, oder eine Gemeinde zu zwingen, mit Hülfe von Steuerauflagen ihre Schulden zu zahlen: B. Ger. IX, 93. Auch die Bestreitung der Kompetenz zum Erlass eines Gesetzes, oder richtiger der Anwendbarkeit dieses Gesetzes auf eine bestimmte Siftung, gestützt auf Staatsvertrag, wurde als öffentlichrechtliche Ansprache qualifiziert; man hätte sie ebensowohl als Geltendmachung eines Privilegs bezeichnen können: B. Ger. vom 21. März 1877 i. S. Préfargier c. Neuchâtel, III, 282.

Die in den kantonalen Strafprozessgesetzen vorgesehene Entschädigung wegen ungesetzlicher Verhaftung kann im Wege der Zivilklage gefordert werden: B. Ger. III, 151, 817; X, 290; XVI, 248; XVIII, 411; auch die Schadenersatzforderung wegen unverschuldet erlittener Untersuchungshaft oder Strafe, sofern sie im kantonalen Recht anerkannt ist,

hat zivilrechtlichen Charakter: B. Ger. II, 302; VI, 314; IX, 48 (Busse), X, 290, 593; XV, 917; XXII, 246; nach dem heutigen O. G. Art. 48, Ziff. 4 i. f.: ist wohl anzunehmen, die Forderung könne direkt beim B. Ger. geltend gemacht werden, obschon sie das kantonale Gesetz durch die Strafbehörde beurteilen lasse. B. Ger. IX, 604: Verbürgung für einen Angeschuldigten; B. Ger. XV, 892: der gesetzliche Anteil des Verleiders an der Busse ist ein zivilrechtlicher Anspruch.

Die Haftung des Staates für widerrechtlichen Schaden ist eine zivilrechtliche: B. Ger. III, 790 (wo der Bund nach kant. Zivilrecht haftbar erklärt wurde); III, 146: unberechtigtermassen verhängter Konkurs; VI, 136; XII, 693: durch militärische Kantonnemente verursachter Brand.

Der Anspruch auf Anerkennung *wohlerworbener Privatrechte,* wo sie vorbehalten sind, gegenüber dem öffentlichen Grund und Boden oder staatlichen Regalien, ist ein privatrechtlicher; Fischereigerechtigkeiten betreffen die Entscheidungen B. Ger. XVIII, 980; XIX, 647; XXIII, 1236, 1256; XVII, II, 360; ein privates Wassernutzungsrecht gegenüber Wasserzins: B. Ger. XXVII, 687; den Umfang des glarnerischen Schieferregals: B. Ger. XII, 728. Vgl. B. Ger. XVII, 781: Dienstbarkeit eines öffentlichen Weges auf Privatboden.

Verfügt aber die Staatsgewalt die Aufhebung wohlerworbener Rechte, so kann gegen die Verfügung selbst nicht im Namen dieser Rechte auf dem Wege der zivilrechtlichen Klage rekurriert werden: B. Ger. vom 19. Okt. 1893 i. S. Caisse hypothécaire de Fribourg c. Fribourg, XIX, 976; XI, 100; XII, 718.

Dagegen kann auf diesem Wege wegen Aufhebung wohlerworbener oder Verletzung bestehender Rechte eine Entschädigung verlangt werden, wenn das massgebende Recht die Entschädigungspflicht des Staates statuiert; B. Ger. IV, 601; IX, 365; VII, 581 und VIII, 372: Beschädigung von Uferarbeiten durch Gewässerkorrektion; IX, 110 und XXI, 916: Aufhebung von Wirtschaftsrechten; XVII, 380: Aufhebung des Octroi von Carouge; Entwertung von Grundeigentum durch militärische Schiessübungen: B. Ger. vom 21. Juli 1891 i. S. Terrisse (Neuchâtel), XVII, 550; 29. April 1892 i. S. Barfuss g. Bund, XVIII, 422 und 8. Mai 1903 i. S. Lavey g. Bund, XXIX, II, 439; in den beiden letzten Fällen entschied das B. Ger. nur die Kompetenzfrage; es scheint aber anzunehmen, eine solche Entschädigungspflicht sei begründet, auch wenn sie das massgebende materielle Recht nicht vorsehe.

Auch die Entschädigungpflicht wegen Expropriation ist grundsätzlich eine zivilrechtliche: B. Ger. VII, 36.

5. Ziff. 2. Die Frage, ob der *Bund* selbst Beklagter sein muss oder ob es auch eine mit juristischer Persönlichkeit ausgerüstete eidg. Anstalt sein kann, ist gleich zu beantworten wie bei Kantonen (Ziff. 4); es besitzen das Recht der Persönlichkeit die Alkoholverwaltung (Art. 29 des B. Ges. vom 29. Juni 1900), die Schweizerische Nationalbank nach dem b. r. Entwurf vom 13. Juni 1904, Art. 1 (B. Bl. 1904, IV, 504); die öffentlichen Krankenkassen und die eidg. Unfallversicherungsanstalt nach dem vom Volk verworfenen B. Ges. vom 5. Okt. 1899, Art. 16 und 218; ferner einzelne durch den Bund verwaltete Stiftungen, *Salis,* III, Nr. 1380; nicht aber die Bundesbahnen. Vgl. B. Ger., 3. Mai 1903, i. S. Schweiz. B. B. g. Luzern, XXIX, I, 193. *Salis,* III, Nr. 1381, 1382.

Als *Korporationen* sind ohne Zweifel auch öffentliche Korporationen des kantonalen Rechts, namentlich Gemeinden und Bezirke zu betrachten; vgl. z. B. B. Ger. XVII, 340; ob auch öffentliche eidg. Anstalten mit eigener Persönlichkeit, ist zweifelhafter, aber eher zu bejahen.

Der Streitwert beträgt hier, wie bei Ziff. 4, nach Art. 48 des O. G. Fr. 3000. M. E. wollte die B. V. mit dem Erfordernis eines zu bestimmenden Streitwertes die Zuständigkeit des B. Ger. nicht auf solche Streitigkeiten beschränken, die vermögensrechtlicher Natur sind oder einen abschätzbaren Vermögenswert besitzen; sie ging bloss von der Voraussetzung aus, die Streitigkeiten werden stets vermögensrechtlicher Art sein. Zwischen Bund und Korporationen oder Privaten könnten sich etwa Streitigkeiten über Persönlichkeitsrechte, wie Namen- und Urheberrecht erheben. Das B. Ger. erklärte allerdings durch Urteile vom 22. Okt. 1881 i. S. Arnold, VII, 661, und vom 28. Mai 1897 i. S. Kanton St. Gallen g. Toggenburgerbahn, XXIII, 921, Art. 110, Ziff. 2 und 4, sei nur auf *vermögensrechtliche* Klagen anwendbar, als solche seien aber auch Klagen auf Einsetzung eines Schiedsgerichts, B. Ger. XIV, 737, und auf Nichtigerklärung von Beschlüssen genossenschaftlicher Organe zu betrachten, sofern der Streitwert gegeben: B. Ger. XVIII, 505; XXIII, 921; XXVI, II, 24. Nicht anwendbar sei Art. 110 aber auf Statusklagen: B. Ger. VII, 661 (Anerkennung einer im Ausland geschlossenen Ehe).

Wenn der Bund Kläger ist oder der Streitwert nicht Fr. 3000 erreicht, so sind die kantonalen Gerichte zuständig, gemäss Art. 3 und 4 des B. Ges. über den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche vom Bund oder gegen denselben angehoben werden, vom 20. Nov. 1850 (A. S. II, 74).

6. Ziff. 3. Die Bestimmung der zivil- oder öffentlichrechtlichen Natur der Klage bereitet hier besondere Schwierigkeiten; es wird wesentlich darauf abzustellen sein, ob der Anspruch nach gemeinem Zivilrecht einerseits, oder nach verfassungsrechtlichen Normen über das Verhältnis der Kantone unter sich und mangels solcher nach Völkerrecht zu entscheiden sei, wodurch die Schwierigkeif aber nicht sehr vermindert wird. Das B. Ger. bezeichnete als öffentlichrechtlich Streitigkeiten über die Unterstützungspflicht und die Rückerstattung gewährter Unterstützungen, B. Ger., 8. Dez. 1897, i. S. Appenzell A.-Rh. g. Genf, XXIII, 1466: Unterstützung eines Doppelbürgers; 5. Nov. 1887 i. S. C. di Zurigo c. C. del Ticino, XIII, 415: Unterstützung eines Bürgers des bekl. Kantons; vgl. XIX, 459. Als zivilrechtlich bezeichnet es dagegen Streitigkeiten über Dotierung einer gemeinschaftlichen Schule: B. Ger., 14. Febr. 1895, i. S. Thurgau g. Zürich, XXI, 24, und über den gemeinschaftlichen Bau einer Strasse: B. Ger., 15. Febr. 1884, i. S. Luzern g. Uri, X, 157. Die Frage hat nur insofern praktische Bedeutung, als öffentlichrechtliche Streitigkeiten im Wege des staatsrechtlichen statt des zivilrechtlichen Rekurses an das B. Ger. zu bringen sind und von diesem in dem für staatsrechtliche Rekurse vorgeschriebenen Verfahren zu erledigen sind; zuständig ist aber das B. Ger. für beide Arten von Streitigkeiten, sei es auf Grund von Art. 110, Ziff. 3, oder von Art. 113, Ziff. 2.

7. Ziff. 4. Das B. Ger. hat in zahlreichen Entscheidungen ausgesprochen, als Kanton i. S. dieser Bestimmung seien besondere kantonale Anstalten mit eigener juristischer Persönlichkeit, wofür die Ausstattung mit Vermögensfähigkeit entscheidend sei, nicht zu betrachten: B. Ger.,

14. Febr. 1880, i. S. Gredig g. Graubünden, VI, 58. B. Ger. IV, 290: Freib. Caisse d'amortissement, trotz Staatsgarantie; V, 130: Brandassekuranzanstalt; V, 608: kant. Ersparniskasse, trotz Oberaufsicht und Verwaltungsbefugnissen des Kantons; VI, 228; XI, 66; XII, 693. Die Ansicht des B. Ger. ist anfechtbar; denn das Bedürfnis eines unparteiischen Richters besteht hier so gut, wie wenn der Kanton selbst Partei ist[1]. Ein Bezirk, trotzdem er der Aufsicht des Kantons unterstellt ist, kann nicht dem Kanton gleichgestellt werden: B. Ger. III, 606.

Als *Korporation* wird dagegen mit Recht auch eine Gemeinde desselben Kantons betrachtet; vgl. z. B. B. Ger. VI, 289; X, 305; ebenso eine Privatstiftung: B. Ger. III, 282.

8. Abs. 2[2]. Die Frage, in welchem Kanton oder in der Gemeinde welches Kantons eine Person heimatberechtigt sei, kann verschiedene prozessualische Gestalten annehmen. Sie gestaltet sich als Heimatlosenstreitigkeit, wenn eine Person, die als Schweizerbürger zu betrachten ist, kein Kantons- oder kein Gemeindebürgerrecht besitzt oder, wie bei Art. 68, S. 682, ausgeführt, wenn ihr Bürgerrecht unter zwei Kantonen oder Gemeinden bestritten ist, von denen eine sicher zur Anerkennung verpflichtet ist, und sich der B. R. von Amtes wegen der Sache annimmt; das B. Ger. hat dann gemäss Art. 9 des B. Ges. die Heimatlosigkeit betreffend, vom 3. Dez. 1850, abgeändert durch B. Ges. 24. Juli 1867, zu urteilen, wenn der vom B. R. zur Aufnahme verpflichtete Kanton sich weigert, es zu tun.

Als Bürgerrechtsstreitigkeit unter Gemeinden verschiedener Kantone erhebt sich die Frage, wenn, ohne Dazwischenkunft der eidg. Vollziehungsbehörde, zwischen zwei Gemeinden verschiedener Kantone die Heimatsangehörigkeit einer Person streitig wird; in der Regel wird die Pflicht, nicht das Recht zur Anerkennung streitig sein; es ist aber nicht einzusehen, warum das B. Ger. nicht kompetent sein sollte, wenn jede von zwei Gemeinden eine Person als ihren ausschliesslichen Bürger beansprucht; das B. Ger., 24. Febr. 1882, i. S. Bürgerrat Cham, VIII, 79 und 857, wo die kläg. Gemeinde den bisherigen Heimatskanton und die Heimatsgemeinde zur Anerkennung eines Verzichtes verhalten wollte; IX, 573. Dagegen hat das B. Ger. richtig entschieden, es sei gleichgültig, dass die Bürgerrechtsfrage von einer familienrechtlichen Statusfrage, z. B. der Gültigkeit einer Anerkennung bei nachfolgender Ehe abhänge; das B. Ger. sei befugt, diese Präjudizialfrage zu entscheiden, allerdings nicht in einer für die beteiligten Personen rechtskräftigen Weise: B. Ger. XXIV, II, 246; 253.

M. E. ist es gleichgültig, ob der Streit durch die Gemeinden selbst oder durch die Kantone erhoben werde: B. Ger. XV, 108; XXI, 315; XXIV, 253; und in letzterem Fall, ob die Kantone im eigenen Namen handeln oder im Namen der Gemeinden; oder endlich, ob auf einer Seite ein Kanton, auf der andern eine Gemeinde Partei ist, was das B. Ger. VIII, 79, verneinte; es wäre auch kaum zu entscheiden, ob der Kanton in eigener Sache, oder als gesetzlicher oder bestellter Vertreter seiner Ge-

[1] Vgl. die ähnliche Bemerkung von *Hafner*, in seinen Motiven, S. 77.

[2] Vgl. *Reichel*, a. a. O., S. 45; *Blumer-Morel*, III, 148. Schon unter der Verf. von 1848 wies die B. Vers. mitunter Bürgerrechtsstreitigkeiten, als Streitigkeiten unter Kantonen (Art. 101 B. V.), an das B. Ger., B. Bl. 1851, III, 183—191; 1868, I, 20—26.

meinde handle. Die Gemeinde ist wohl durch Art. 110 nicht von der Pflicht losgesprochen, die Ermächtigung der Aufsichtsbehörde zur Prozesserhebung einzuholen, wenn das kantonale Recht sie vorschreibt.

Die Heimatrechtsfrage kann endlich mit einer Statusfrage verbunden und mit dieser entschieden werden im Zivilprozess über den Familienstand einer Person. Falls das kantonale Recht dies zulässt[1]), kann die beteiligte Gemeinde (oder der Kanton) entweder die Statusklage selbst anstrengen oder im Prozess, der zwischen Privatpersonen geführt wird, intervenieren; sie kann aber auch, wenn das Bürgerrecht unter Gemeinden verschiedener Kantone streitig ist, von sich aus beim B. Ger. die in Art. 110, Abs. 2, vorgesehene Klage erheben, ohne dass ihr das unter anderen Parteien ergangene rechtskräftige Zivilurteil entgegengehalten werden könnte: B. Ger. III, 36.

9. Bei den Streitigkeiten des Art. 110 B. V. richtet sich das *Verfahren* nach dem B. Ges. vom 22. Nov. 1850 und dem O. G. von 1893, B. Ger. II, 513; sofern nicht Bundesgesetze ein besonderes Verfahren vorsehen, wie das Verantwortlichkeitsgesetz vom 9. Dez. 1850, das Heimatlosengesetz vom 3. Dez. 1850, das Expropriationsgesetz vom 1. Mai 1850, das Verwaltungsreglement der eidg. Armee vom 27. März 1885.

Art. 111.

Das Bundesgericht ist verpflichtet, die Beurteilung auch anderer Fälle zu übernehmen, wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand von einer durch die Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Bedeutung ist.

I. Geschichte.

Die *Revisionskommission von 1848* beschloss in erster Beratung, «dass das B. Ger. auch schiedsrichterliche Entscheide zu erlassen habe, wenn es hierfür angegangen werde». Dieser Beschluss wurde folgendermassen redigiert und in 2. Beratung angenommen: Art. 98. «Das B. Ger. ist verpflichtet, auch die Beurteilung anderer Fälle zu übernehmen, wenn dasselbe von den streitenden Parteien als Schiedsgericht angerufen wird, wobei jedoch die Kosten ausschliesslich auf Rechnung der Parteien fallen[2]).»

In der Tagsatzung stellten *Zürich* und *Appenzell A.-Rh.* den Antrag, die Bestimmung zu streichen oder wenigstens den Schlusssatz wegzulassen; ersteres, damit das B. Ger. nicht mit allen möglichen Händeln überladen und zu Trölereien missbraucht werde, letzteres um nicht e contrario der Meinung Vorschub zu leisten, als ob in den anderen Fällen der Bund die Prozesskosten ganz oder teilweise zu tragen habe. Zur

---

[1]) Vgl. Art. 272 des Zivilgesetzentwurfes vom 28. Mai 1904.

[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 139, 160, 188.

Begründung des Vorschlages wurde angeführt: es handle sich lediglich um die Frage, ob man den streitenden Parteien die Wohltat einräumen wolle, einen kürzeren Rechtsweg zu betreten als nach dem gewöhnlichen Instanzenzuge möglich sei; Überladung des B. Ger. und Trölereien seien nicht zu befürchten, weil beide Parteien einverstanden sein müssen, diesen Rechtsweg einzuschlagen. Der Streichungsantrag wurde abgelehnt; dagegen beschloss die Tagsatzung nach Antrag *Solothurn,* die Worte «als Schiedsgericht» zu streichen, und nach Antrag *Freiburg,* anzufügen, dass der Streitgegenstand einen beträchtlichen, von der Bundesgesetzgebung zu bestimmenden Wert haben müsse.

Die Bestimmung erhielt darauf folgende Fassung, in welcher sie in 2. Beratung bestätigt wurde:

102. «Das B. Ger. ist verpflichtet, auch die Beurteilung anderer Fälle zu übernehmen, wenn dasselbe von beiden Parteien angerufen wird und der Streitgegenstand von einem beträchtlichen, durch die Bundesgesetzgebung festzusetzenden Werte ist. Dabei fallen jedoch die Kosten ausschliesslich auf Rechnung der Parteien [1].»

In der Sitzung des N. R. vom *3. Februar 1872* schlug *Büzberger* vor, den Schlusssatz zu streichen. Nachdem die Taggelder weggefallen und ein fixer Gehalt an deren Stelle getreten sei, lasse sich der Betrag für eine Sitzung nicht mehr gut berechnen, und es könnten dabei Kosten herauskommen, welche die Parteien geradezu vom B. Ger. zurückschrecken dürften. In den Kantonen bestehe ein solches Verfahren auch nicht, indem die Parteien für die Kompromissinstanz nicht mehr an Gebühren zu bezahlen hätten als im gewöhnlichen Gerichtswege. Der Antrag wurde in beiden Räten angenommen [2] und auch in der Verfassungsrevision von 1873—74 bestätigt [3].

II. Auslegung [4].

Art. 111 nimmt auf die Person der Parteien keine Rücksicht, sofern es sich nur um eine *zivilrechtliche Streitigkeit* handelt; dass er auf öffentlichrechtliche Streitigkeiten nicht Anwendung findet, ergibt sich aus seiner Stellung und seinem Wortlaut und wird durch das O. G., Art. 52, bestätigt. B. Ger. II, 586; XIII, 340. Das B. Ger. hat diese Frage, wie seine Kompetenz überhaupt, von Amtes wegen zu prüfen. B. Ger. XIII, 340.

Wie bei Art. 110, Ziff. 2 und 4, B. V., hat das B. Ger. entschieden, Art. 111 finde nur auf *vermögensrechtliche* Klagen Anwendung; als solche hat es aber auch Klagen auf Feststellung des Inhaltes eines Schiedsgerichtsvertrages, B. Ger. VI, 324, und auf Aufhebung von Beschlüssen der Generalversammlung einer Aktiengesellschaft bezeichnet; B. Ger. XVIII, 505; XXIII, 921; XXVI, II, 24.

Das B. Ger. ist von beiden Parteien *angerufen,* wenn sie sich zum voraus durch Gerichtsstandsvertrag verpflichtet haben, die Streitigkeit dem B. Ger. zu unterbreiten, B. Ger. XVIII, 505; XXIII, 921; oder wenn der Beklagte die Kompetenz des vom Kläger angerufenen B. Ger. aner-

[1]) Absch. 1847, IV, S. 153—154, 279.

[2]) Prot. des N. R. 1872, S. 484, 495, 569. Prot. des St. R. vom 19. Febr. 1872.

[3]) Vgl. die etwas schiefe Auffassung über das Verhältnis von kantonaler und eidg Instanz in der N. R. K. von 1873, Prot. S. 56.

[4]) *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 51.

kennt, B. Ger. XX, 864. Dagegen ist das B. Ger. weder berechtigt noch verpflichtet, als *Schiedsgericht* Recht zu sprechen. B. Ger., 30. Sept. 1892, i. S. v. Grenus u. G. g. Eidg. Bank, XVIII, 505; XX, 864.

Das B. Ger. ist ferner nicht kompetent, eine von einem kantonalen Gericht schon entschiedene Streitigkeit, auch mit Einwilligung beider Parteien, in höherer Instanz zu entscheiden; es entscheidet auf Grund von Art. 111 B. V. *nur als erste und letzte Instanz,* wie Art. 52 des O. G. deutlich sagt. B. Ger. XI, 587. Gleichgültig ist aber, ob die Streitigkeit nach kantonalem oder nach eidg. Recht zu beurteilen sei. B. Ger. XXII, 1041. Die Kompetenz des B. Ger. ist gemäss dem geltenden O. G., Art. 52, auch dann gegeben, wenn die Streitigkeit nach ihrer Beurteilung durch kantonale Gerichte auf dem Wege der Berufung an das B. Ger. hätte weitergezogen werden können[1]), entgegen der früheren Praxis. Vgl. B. Ger. VIII, 512; X, 244; XIV, 368. Das O. G. hätte diese Praxis bestätigen können, ohne die B. V. zu verletzen.

Art. 112.

Das Bundesgericht urteilt mit Zuziehung von Geschwornen, welche über die Tatfrage absprechen, in Straffällen:

1. über Hochverrat gegen die Eidgenossenschaft, Aufruhr und Gewalttat gegen die Bundesbehörden;

2. über Verbrechen und Vergehen gegen das Völkerrecht;

3. über politische Verbrechen und Vergehen, die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche eine bewaffnete eidgenössische Intervention veranlasst wird, und

4. in Fällen, wo von einer Bundesbehörde die von ihr ernannten Beamten ihm zur strafrechtlichen Beurteilung überwiesen werden.

I. Geschichte[2]).

Der *Entwurf von 1833* umschrieb die strafrechtlichen Kompetenzen des B. Ger. folgendermassen:

Art. 98: «Das B. Ger. urteilt als Kriminalgericht:

---

[1]) Botschaft des B. R. vom 5. April 1892; B. Bl. 1892, II, 300, 303—305.

[2]) *G. Vogt,* Die Gerichtsbarkeit des eidg. Bundes nach heutigem schweizerischem Strafrecht, Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft, XIII, 1857, S. 368 ff. *Leo Weber,* Betrachtungen über die Entwicklung der Bundesstrafgerichtsbarkeit, Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, I, 361 ff. *Pfenninger,* Das Strafrecht der Schweiz, S. 342. Botschaft des B. R. betr. die Revision des B. St. R. vom 4. Febr. 1853, vom 13. Januar 1882, B. Bl. 1882, I, 117.

a) in Fällen, wo die Tagsatzung Mitglieder des B. R. oder andere eidg. Beamte in Anklagestand versetzt;

b) über Fälle von Hochverrat gegen die Eidgenossenschaft, von Aufruhr und Gewalttat gegen die Bundesbehörden;

c) über Verbrechen gegen das Völkerrecht (E. von 1832: «über Verletzungen der völkerrechtlichen Stellung der Schweiz gegen auswärtige Staaten»);

d) über Verbrechen von Militärpersonen im Fall von Aufstellung eidg. Truppen (E. von 1832: «von Krieg oder bewaffneter Neutralität»), insofern als die Beurteilung solcher Verbrechen durch das künftige Strafgesetzbuch für das Bundesheer dem B. Ger. ausdrücklich wird übertragen worden sein;

e) über politische Verbrechen, die Ursache oder Folge derjenigen Unruhen sind, durch welche das eidg. Einschreiten veranlasst worden ist, insofern nämlich die jener Verbrechen beklagten Individuen die Überweisung an das B. Ger. verlangen; in diesem Fall wird das Gericht die Strafgesetze des Kantons anwenden, wo die Verbrechen verübt worden sind.»

Folgen zwei Absätze über Amnestie.

(E. 1832: *e)* über die während der Unruhen, welche eidg. Dazwischenkunft veranlasst haben, verübten Verbrechen, wenn nämlich die Tagsatzung auf den Antrag des B. R. erachtet:

1. dass es nicht der Fall sei, Amnestie eintreten zu lassen;

2. dass im Interesse des Rechts und der öffentlichen Ordnung Untersuchung und Beurteilung den Kantonalgerichten entzogen werden soll.)

Die *Revisionskommission von 1848* beschloss zu lit. *c* des Entwurfes von 1833 das Amendement, dass nur dann eingeschritten werden solle, wenn hierzu Weisung von der Tagsatzung erteilt worden sei. Lit. *d* wurde gestrichen; ebenso in lit. *e* der Passus: «insofern . . . verlangen»; der Schlusssatz endlich wurde weggelassen, um die Frage, ob eidg. oder kantonales Strafrecht anwendbar sei, nicht zu präjudizieren.

Ein Mitglied beantragte, infolge der Kompetenzvermehrung des Bundes noch verschiedene weitere Punkte in die Kompetenz des B. Ger. zu legen, namentlich Verbrechen gegen das Münzwesen, die Regalien, Schleichhandel und auch Pressvergehen gegen die Eidgenossenschaft. Wohl entgegen dem Vorschlag, dem B. R. bloss das Recht zuzugestehen, gegen die Urteile der Kantonsgerichte die Appellation an das B. Ger. einzulegen, wurde erwidert, es sei keineswegs die Ansicht, «dass alle Verbrechen, welche gegen die Monopole der Eidgenossenschaft verübt werden, vom B. Ger. abgewandelt werden müssen. Dies würde wegen der grossen Entfernung dem Publikum lästig fallen, und der Bundeskasse unverhältnismässige Kosten verursachen.» — Ein anderes Mitglied gab jedoch die Erläuterung (wozu?), dass man dem B. Ger. keine so ausgedehnte Kompetenz habe einräumen wollen, sondern wenn untere Beamte ein Vergehen sich zu schulden kommen lassen, so werde der B. R. die Natur des Deliktes prüfen und je nach Umständen entscheiden: ob der Fehlbare einem Kantonsgericht zur Bestrafung überwiesen werden könne.

Schliesslich genehmigte die Kommission den Antrag in der Fassung, dass das B. Ger. ferner über alle Fälle zu urteilen habe, welche ihm durch ein Gesetz übertragen werden[1], vgl. Art. *114*.

In der *Tagsatzung* beantragte *Uri:* «Über Kriminalurteile der Kantone in politischen Fällen bleibt dem Verurteilten die Appellation an das B. Ger. offen», wogegen eingewendet wurde, eine solche Appellation sei kaum vereinbar mit der Verschiedenartigkeit der kantonalen Verfahren und dem Institut des Schwurgerichtes. Die Tagsatzung bestätigte den Antrag der Revisionskommission ohne Änderung; die Worte «und Vergehen» in lit. *c* und *d* und im letzten Absatz sind offenbar durch die Redaktoren eingeschaltet worden[2].

Art. 104 der B. V. von 1848 lautete:

«Das Assisengericht, mit Zuziehung von Geschwornen, welche über die Tatfrage absprechen, urteilt:

a) = Ziffer 4 von heute.

b) über Fälle von Hochverrat etc. = Ziffer 1 von heute.

c) = Ziffer 2 von heute.

d) = Ziffer 3 von heute ausser am Schluss: «veranlasst worden ist», statt: «veranlasst wird».

«Der B. Vers. steht das Recht zu, hinsichtlich solcher Verbrechen und Vergehen Amnestie oder Begnadigung auszusprechen.»

Im Jahre 1872 schlug die N. R. K. die heutige Fassung vor[3], und der Rat nahm sie ohne Diskussion an. Der St. R. trat diesem Beschluss nach kurzer Beratung bei[4]. Im J. 1874 wurde der Entwurf von 1872 einfach bestätigt.

II. Auslegung[5].

Indem Art. 112 B. V. die Straffälle aufzählt, in denen das B. Ger. mit Zuziehung von Geschworenen zu urteilen hat, will er diese Gerichtsbarkeit als die ausschliesslich zuständige erklären; in diesem Sinn ist auch Art. 73 des Bundesstrafrechts vom 4. Febr. 1853 zu verstehen: «Die Bundesassisen sind *ausschliesslich* zuständig: ...» vgl. Art. 74. Art. 112 B. V. verbietet dagegen nicht, auch andere Straffälle in die Kompetenz des B. Ger. zu legen; darüber gilt Art. 114[6]. Inwiefern das B. Ger. auf Grund von Art. 112 nach eidg. oder kantonalem Strafrecht zu urteilen hat, ist bei dei den einzelnen Ziffern zu untersuchen. Dass die Verfassung von 1848 nicht von der Annahme ausging, es müsse notwendig eidg. Strafrecht Anwendung finden, zeigt der damalige Art. 107: «Die Bundesgesetzgebung wird das Nähere bestimmen ... *b)* über die Verbrechen und Vergehen, welche in die Kompetenz des B. Ger. fallen, und über die Strafgesetze, welche anzuwenden sind.» Die Weglassung dieser

---

[1] Prot. der Revisionskommission, S. 140—141, 160, 184. Die Darstellung der 1. Beratung ist etwas unklar.

[2] Absch. 1847, IV, S. 154—155, 280.

[3] Ausser dem Wörtchen „ihm" in Ziff. 4.

[4] Prot. des N. R. 1872, S. 484, 498, 569. Prot. des St. R. vom 19. Febr. 1872.

[5] *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 100 ff. *Blumer-Morel,* III, 186 ff. *Stooss,* Die Strafgerichtsverfassung des Bundes im Grundriss dargestellt, Zeitschrift für schweizer Strafrecht, VIII, 182.

[6] *Stooss,* Grundzüge, I, S. 38 f.

Bestimmung hat an dieser Rechtslage nichts geändert. Eine andere Frage ist, ob die Kompetenz des Bundes zum Erlass von Strafgesetzen durch die Bundesstrafgerichtsbarkeit gegeben sei; m. E. war dies auch auf Grund von Art. 107, lit. *c*, der 1848er Verfassung nicht der Fall[1]. Heute gilt Art. 64bis B. V.

Ziff. 1. Die bezeichneten Verbrechen bedürfen, hier wie bei den folgenden Ziffern, näherer Bestimmung durch ein Strafgesetz, was sich schon aus dem Fehlen einer Strafandrohung ergibt; welche Handlungen als Hochverrat, Aufruhr und Gewalttat gegen die Bundesbehörden zu strafen seien, ist dem Art. 112 nicht zu entnehmen. Die Verfassungsbestimmung verweist auf das geltende Strafrecht. Dass dies hier *Bundes*strafrecht sein muss, erscheint als selbstverständlich und durch Art. 73 B. St. R. unter Verweisung auf die Art. 36—38 und 45—50 des gl. Gesetzes ausdrücklich angeordnet. Die kantonalen Strafgesetzbücher bedrohen in der Tat auch nur die gegen den Kanton begangenen Hochverrat, Aufruhr und Gewalttat mit Strafe; sie bestrafen aber auch den Landesverrat gegen den Kanton, und treten hier in Konflikt mit dem Bundesstrafrecht; denn «wer die Interessen eines fremden Staates *zum Nachteil eines Kantons* unterstützt, der unterstützt damit die Interessen eines fremden Staates *zum Nachteil der Eidgenossenschaft*[2].»

Ziff. 2. Ähnliches wie bei Ziff. 1 ist auch hier zu sagen; die Bestimmungen des B. St. R., welche sich auf diese Verbrechen und Vergehen beziehen, sind die Art. 39 und 41—43, auf welche Art. 73 desselben Gesetzes ausdrücklich verweist, als in die Kompetenz der Bundesassisen fallend; sie bedrohen mit Strafe: die Verletzung des schweizerischen oder eines fremden Gebiets und die Begehung einer anderen völkerrechtswidrigen Handlung gegen die Schweiz oder gegen einen fremden Staat, und die öffentliche Beschimpfung eines fremden Volkes oder seines Souveräns, oder einer fremden Regierung; die Beschimpfung oder Misshandlung eines bei der Eidgenossenschaft beglaubigten Repräsentanten einer fremden Regierung[3]. In den kantonalen Strafgesetzbüchern finden sich keine ähnlichen Bestimmungen.

Ziff. 3. Über die Frage, welche Verbrechen und Vergehen als *politische* anzusehen seien, entschied das B. Ger. mit Urteil vom 17. Okt. 1879 i. S. Mola u. Kons., IV, 475 (Stabiofall), politische Verbrechen seien nur die im Bundesstrafrecht Art. 45—50 und 52 bezeichneten Handlungen, da Art. 73 desselben Gesetzes die Kompetenz der Bundesassisen auf die Beurteilung dieser Delikte beschränke; es fallen danach nicht in die Kompetenz der Bundesassisen gemeine Verbrechen, die bei Anlass von Unruhen begangen werden, wie es der Kampf in Stabio war[4].

---

[1] Vgl. *Stooss,* Grundzüge, I, S. 39 f.

[2] *Stooss,* Grundzüge, II, S. 406 f.

[3] Über die Auslegung dieser Bestimmungen vgl. *Stooss,* a. a. O., S. 407 ff.

[4] Art. 74, verbunden mit Art. 51 des B. St. R. gestattete allerdings dem B. R., gemeine Verbrechen, die mit einer der in Art. 45—50 bezeichneten Handlungen zusammentreffen, durch die Bundesassisen beurteilen zu lassen, aber nicht in Anwendung von Art. 107 (= 112) der B. V.; auch war dieses Zusammentreffen im Stabiohandel nicht gegeben. Art. 74 des B. St. R. ist heute ersetzt durch Art. 125 des O. G., vgl. Art. 227, Ziff. 6. *Stooss,* Zeitschrift für schweiz. Straftrecht, VIII, 188. *Kronauer,* Kompendium des Bundesstrafrechts, Zürich 1903, S. 29.

Die Entscheidung ist nach positivem Recht richtig, da Art. 73 des B. St. R., indem er die Bestimmung der B. V. wiederholt und bei jeder Ziffer auf die anwendbaren Artikel des B. St. R. verweist, offenbar die Kompetenz der Bundesassisen abschliessend bestimmen wollte[1]). Diese gesetzliche Regelung wird aber allerdings dem Zweck der Verfassungsbestimmung nicht gerecht, der dahin ging, die bei Unruhen der angegebenen Art begangenen Verbrechen mit politischem Charakter wegen der Parteilichkeit der kantonalen Gerichte an ein unparteiisches eidgenössisches Gericht zu weisen. Der Begriff des politischen Deliktes wäre daher durch den Gesetzgeber eben so weit zu fassen gewesen, wie bei Art. 65 B. V.[2]).

Nachdem das B. Ger. wie berichtet geurteilt hatte, stellte *Brosi* im St. R. die Motion: «Der B. R. wird eingeladen, den eidg. Räten Bericht und Antrag zu hinterbringen über Revision des Bundesstrafrechts vom 4. Febr. 1853 im Sinne der Erweiterung des Begriffs der politischen Verbrechen und Vergehen, welche in die Kompetenz der Bundesassisen fallen[3]).» Der B. R. kam dieser Einladung durch seine Botschaft vom 13. Januar 1882 (B. Bl. 1882, I, 117) nach; er bemerkte, wenn die eidg. Strafgerichtsbarkeit stets an Stelle der kantonalen solle treten können, falls politische Aufregung und Leidenschaft die Unparteilickeit dieser bedrohe, so genüge es nicht, den Begriff der politischen Delikte i. S. des Art. 112 B. V. und 73 B. St. R. weiter zu fassen; man müsse auch abgesehen von eidg. Intervention und auch wegen nichtpolitischer Vergehen das B. Ger. anrufen können, wozu allerdings nicht Art. 112, wohl aber Art. 114 die Kompetenz gebe. Er beantragte, das B. St. R. durch folgenden Art. 74bis zu ergänzen: «Wenn infolge politischer Verhältnisse die Unabhängigkeit oder Unbefangenheit kantonaler Gerichte in bezug auf eine ihrer Beurteilung unterstellte Strafklage als gefährdet angesehen werden muss, so ist der B. R. auf Verlangen eines Beteiligten berechtigt, die Untersuchung und Erledigung einer solchen Klage an das B. Ger. zu überweisen, auch wenn das Verbrechen oder Vergehen in dem gegenwärtigen Gesetze nicht vorgesehen ist. Das B. Ger. urteilt in dem letzteren Falle nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem das Verbrechen begangen wurde, in der Meinung jedoch, dass der Richter auf Todesstrafe nicht erkennen darf und unter das geringste gesetzliche Strafmass herabgehen kann. — Unter der gleichen Voraussetzung bleibt das B. Ger. zur Beurteilung der in Art. 52 dieses Gesetzes genannten Fälle zuständig, wenn auch eine eidgenössische Intervention nicht stattgefunden hat.»

---

[1]) Botschaft des B. R. vom 1. Juli 1852, B. Bl. 1852, II, 586.

[2]) *G. Vogt*, Zur Tessiner Frage, Zürich 1889, S. 22, kritisiert dieses Urteil, weil Art. 52 des B. St. R. nicht die Frage der Gerichtsbarkeit, sondern des anwendbaren Rechts (auf politische Verbrechen gegen die Kantone) behandle; massgebend war aber in erster Linie Art. 73. Er scheint in der Zeitschrift für die ges. Staatswissenschaft, XIII, 1857 S. 370, anderer Ansicht gewesen zu sein. Art. 73 des B. St. R. scheint durch Art. 107 des O. G. vom 22. März 1893 nicht aufgehoben worden zu sein, vgl. Art. 227, Ziff. 6, des O. G. *Kronauer*, Kompendium, S. 29 u. 52. *Reichel*, Kommentar des O. G., S. 103. Zu weit geht die Botschaft vom 25. März 1889, B. Bl. 1889, I, 909—910.

[3]) Eine ähnliche Motion *Häberlin* hatte der St. R. am 21. Juli 1865 nach der Tagung der Genfer Assisen infolge der Intervention von 1864 erheblich erklärt. Der B. R. beantragte mit Botschaft vom 24. April 1867 Abänderung des Art. 9 B. St. R., B. Bl. 1867, I, 889, 898. Die Räte beschlossen aber am 5./20. Juli 1867, auf die Vorlage nicht einzutreten. B. Bl. 1883, I, 37—38.

Die B. Vers. gab dem Vorschlag durch B. Ges. vom 19. Dez. 1883 folgende Fassung: «Wenn infolge politischer Aufregung das Vertrauen in die Unabhängigkeit kantonaler Gerichte in bezug auf eine ihrer Beurteilung unterstellte, auf ein Verbrechen gerichtete Strafklage als beeinträchtigt angesehen werden muss, so ist der B. R. berechtigt, die Untersuchung und Erledigung einer solchen Klage an das B. Ger. zu überweisen, auch wenn das Verbrechen in dem gegenwärtigen Gesetze nicht vorgesehen ist. Das B. Ger. urteilt in letzterem Falle nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem das Verbrechen begangen wurde[1].»

Dieser sog. Stabioartikel wurde in der Volksabstimmung vom 11. Mai 1884 mit 202,773 gegen 159,068 Stimmen verworfen (B. Bl. 1884, III, 157).

Über die Verfassungsmässigkeit dieses Gesetzesentwurfes vgl. unten Art. *114*.

Was unter *eidg. Intervention* zu verstehen sei, ist bei Art. *16* erörtert worden (S. 182). Das B. Ger. erblickte mit Recht in der militärischen Hülfe, welche das eidg. Militärdepartement am 19. Juni 1893 der Stadt Bern lieh, keine Intervention, weil der Befehl dazu nicht von der kompetenten Behörde, B. Vers. oder B. R., ausgegangen sei; richtiger, weil auch das Militärdepartement keine Intervention im Rechtssinne beabsichtigte; B. Ger. vom 1. März 1894 i. S. Wassilieff u. G., XX, 23.

Bewaffnet ist die Intervention, wenn der Bund eidg. Truppen in den betr. Kanton einmarschieren lässt oder vom Kanton selbst aufgebotene Truppen unter eidg. Kommando stellt. Dass in einem anderen Kanton Truppen auf Pikett gestellt werden, genügt nicht, wie das B. Ger. im zit. Urteil i. S. Mola u. G. erkannte; sogar das Aufgebot an sich würde nicht genügen, ebensowenig wie es genügt, wenn der eidg. Kommissär die kantonale Regierung ersucht, dies oder jenes bezüglich der von ihr aufgebotenen Truppen anzuordnen, ohne sie unter eidg. Kommando zu stellen und selbst darüber zu verfügen; B. Ger. ibid.

Sind die Voraussetzungen des politischen Verbrechens oder Vergehens und der bewaffneten eidg. Intervention gegeben, so ist nicht peinlich abzuwägen, ob die strafbare Handlung wirklich Ursache oder Folgen der mit Bundeshülfe gedämpften Unruhen gewesen seien; der Begriff der Verursachung darf nicht im streng zivilistischen Sinne genommen werden: sonst wären ja diejenigen Handlungen, welche die Unruhen selbst ausmachten, nicht durch die Bundesassisen zu beurteilen.

Ziff. 4. Die B. V. hat wohl ausschliesslich den Fall im Auge, wo Bundesbeamte wegen Verletzung ihrer Amtspflichten strafrechtlich verfolgt werden, da sich hier die Beurteilung nicht nur nach eidg. Strafrecht, sondern auch durch eidg. Gerichtsbehörden aufdrängt. Das B. Ges. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dez. 1850, Art. 17 ff., lässt in der Tat alle auf das Amt bezüglichen Verbrechen durch das B. Ger. beurteilen, nach Überweisung des Angeschuldigten durch die B. Vers., wenn es sich um Mitglieder dieser Be-

---

[1] B. Bl. 1884, I, 25. Bericht der Minderheit der St. R. K. vom 14. Dez. 1882, B. Bl. 1882, IV, 640; der Mehrheit der St. R. K. vom 18. Dez. 1882, B. Bl. 1883, I, 33. Die Minderheit hatte folgenden Zusatz zu Art. 73 des B. St. R. beantragt:

„*e)* Für Verbrechen und Vergehen, durch welche eine eidg. Intervention veranlasst worden ist.

In diesem Falle urteilt das B. Ger. nach der Gesetzgebung des Kantons, in welchem das Verbrechen oder Vergehen begangen wurde.“ *Pfenninger*, 355. ff. *Blumer-Morel*, III, 198 ff.

hörde oder um von ihr gewählte Beamte handelt, durch den B. R. für die übrigen eidg. Beamten (vgl. Art. 14, 15). Das B. St. R. hat diese Bestimmungen allerdings in der einschränkenden Weise ausgeführt, dass es bloss die eigentlichen Amtsdelikte normierte, und in Art. 75 die Beurteilung gemeiner Verbrechen, welche von Beamten oder Angestellten des Bundes in ihrer amtlichen Stellung verübt werden, den kantonalen Behörden nach ihren Gesetzen überliess[1]. In der Tat wurden seit 1853 den Bundesassisen solche Verbrechen nicht mehr überwiesen, während sie früher mehrmals nach dem kantonalen Strafgesetz des Tatortes durch die Bundesassisen beurteilt wurden; z. B. Unterschlagung begangen durch Post- oder Zollangestellte. Dass nach Art. 1—4 das B. Ger. auch über Vergehen oder Verbrechen der Mitglieder der B. Vers., des B. R., eidg. Repräsentanten oder Kommissarien, welche sich nicht auf ihre amtliche Stellung beziehen, zu urteilen hat, ist eher auf die verfassungsrechtliche Grundlage des Art. 114 B. V. zurückzuführen.

Ziff. 4 spricht nur von den von einer Bundesbehörde ernannten Beamten, bezieht sich aber, wie das Verantwortlichkeitsgesetz angenommen hat, selbstverständlich auch auf die Mitglieder der B. Vers.

Das **Verfahren** vor den Bundesassisen richtet sich nach dem B. Ges. über die Bundesstrafrechtspflege vom 27. Aug. 1851 (A. S., II, 742) und Art. 108—124, 145 des O. G. vom 22. März 1893. Der Vorschrift, dass die Geschworenen über *die Tatfrage* abzusprechen haben, wird Art. 95 der Bundesstrafrechtspflege kaum gerecht, vgl. z. B. die Fragestellung bei den Assisen von 1879 in Neuenburg, B. Bl. 1879, II, 649.

Bis zum Erlass des O. G. konnte der B. R. an die Bundesassisen auch die Beurteilung der anderen im B. St. R. vorgesehenen Verbrechen und der mit solchen konnexen Verbrechen und der Übertretung des Banknotengesetzes vom 8. März 1881 und des B. Ges. betr. die Werbung und den Eintritt in den fremden Kriegsdienst vom 30. Juli 1859, Art. 4 (A. S., VI, 312) überweisen. Heute sind die Bundesassisen nach Art. 107 des O. G. bloss noch kompetent für die in Art. 112 B. V. selbst vorgesehenen Verbrechen und in den Fällen von Hochverrat gegen einen Kanton oder von Aufruhr und Gewalttat gegen Kantonsbehörden, wenn die Beurteilung dieser Verbrechen nach Massgabe von Art. 106 des gleichen Gesetzes dem B. Ger. zugewiesen ist. — Über die Zulässigkeit dieser letzteren Übertragung vgl. Art. 114.

Zur Beurteilung der praktischen Bedeutung des eidg. Geschworenengerichts mögen folgende **statistische Angaben** dienen. Die Bundesassisen beurteilten im Laufe des Jahres 1853 sechs Fälle von gemeinen, durch eidg. Beamte in ihrer amtlichen Stellung verübte Verbrechen, meist Betrug und Unterschlagung begangen durch Post- und Zollbeamte, und zwar nach kantonalem Strafrecht, z. B. am 11. Januar 1853 den Posthalter Eberle wegen Unterschlagung zu drei Monaten Gefangenschaft und zwanzig, in zwei Malen zu verabfolgenden Prügelstreichen nach st. gallischem Strafgesetz. Unter der B. V. von 1848 fällte die gleiche Behörde noch drei weitere Urteile: das erste i. S. Clementi, Lassola u. Gribenzoni, betr. völkerrechtswidrige Einführung von Waffen in die Lombardei, am 29. Aug. 1853 (Freisprechung); das zweite in Genf i. S. Fontanel u. K., betr. Widerstand gegen eine kantonale Behörde bei den

[1] *Blumer-Morel*, III, 202—203. *Kaiser*, III, 27—28.

Genfer Wahlunruhen (Art. 46 u. 52 B. St. R.), am 30. Dez. 1864 (Freisprechung); das dritte in Zürich gegen die Urheber des Zürcher Tonhallekrawalls wegen des gleichen Verbrechens, sowie wegen Versuchs, Verhaftete zu befreien (Art. 46, 50 u. 52 B. St. R.), am 7. Juni 1871.

Unter der B. V. von 1874 hatte das Geschworenengericht zu beurteilen: 1. einen Fall von Übertretung des Banknotengesetzes vom 8. März 1881 i. S. Racine u. Babel, am 9. Febr. 1886; 2. einen Fall völkerrechtswidriger, öffentlicher Aufforderung zum Morde von Königen und Magistraten ausserschweizerischer Staaten durch anarchistisches Manifest (Art. 41 B. St. R.) i. S. Brousse, am 16. April 1879 (B. Bl. 1879, II, 648—651); 3. einen Fall von Beschimpfung eines fremden Volkes, Souveräns oder einer fremden Regierung durch ein Fastnachtsgedicht (Art. 42 B. St. R.), i. S. Schill, Müller u. Festersen, am 19. Juni 1888[1]); 4. einen Fall von Aufreizung zum Widerstand gegen die Behörden durch anarchistische Publikationen in der «Avant-Garde» (Art. 48 u. 46 B. St. R.), i. S. Nicolet u. K., am 21. Dez. 1889, und 5. anlässlich der Tessiner Revolution von 1890 einen Fall von gewaltsamer Vertreibung und Auflösung einer kantonalen Regierung (Art. 45 und 52 B. St. R.), i. S. Simen u. K. (Freisprechung)[2]), und einen damit in Zusammenhang stehenden Mord (Art. 51 und 76 B. St. R.), i. S. Castioni.

In 2 Fällen endlich wurde die Strafuntersuchung durch Amnestiebeschluss, vgl. oben S. 750, niedergeschlagen: gegen die Urheber des royalistischen Aufstandes in Neuenburg 1856, und gegen die Urheber der Wahlunruhen von 1889 im Tessin.

Art. 113.

Das Bundesgericht urteilt ferner:

1. über Kompetenzkonflikte zwischen Bundesbehörden einerseits und Kantonalbehörden anderseits;

2. über Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen;

3. über Beschwerden betreffend Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, sowie über solche von Privaten wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen.

Vorbehalten sind die durch die Bundesgesetzgebung näher festzustellenden Administrativstreitigkeiten.

In allen diesen Fällen sind jedoch die von der Bundesversammlung erlassenen Gesetze und allge-

---

[1]) Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, I, 314.

[2]) Vgl. Zeitschrift für schweiz. Strafrecht, V, 104.

mein verbindlichen Beschlüsse, sowie die von ihr genehmigten Staatsverträge für das Bundesgericht massgebend.

I. Geschichte.

Der *Entwurf von 1833* enthielt im Art. 97 betr. die Kompetenzen des B. Ger. als Zivilgericht unter lit. *a* (Streitigkeiten zwischen Kantonen) den Absatz: «Das B. Ger. kann von jeder Kantonsregierung auch im Interesse von Privatpersonen und Korporationen des eigenen Kantons[1]) gegen die Regierung eines andern Kantons wegen Verweigerung oder Verletzung bundesmässiger Rechte angerufen werden.»

In der *Revisionskommission von 1848* vermisste ein Mitglied den Schutz, welcher dem Eidgenossen gegenüber seiner Kantonsregierung und den Gerichten seines Kantons gewährt werden sollte. Der Antrag wurde aber als zu weitgehend und zu unbestimmt bekämpft und fand in der Kommission keine weitere Berücksichtigung[2]). Vgl. auch Art. *114*.

In der Tagsatzung stellte bei der Beratung über Art. 100 betr. die strafrechtlichen Kompetenzen *Genf* den Antrag, als weitere lit. *e* beizufügen:

De la violation des droits des citoyens garantis par la présente constitution, lorsque les plaintes à ce sujet sont renvoyées devant lui par l'assemblée fédérale.

Dieser Antrag wurde angenommen und als Art. 105 der B. V. von 1848 einverleibt: «Das B. Ger. urteilt im fernern über Verletzung der durch die B. V. garantierten Rechte, wenn hierauf bezügliche Klagen von der B. Vers. an dasselbe gewiesen werden[3]).»

Der B. R. bemerkte darüber in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870, die Meinung sei bei Annahme des Artikels offenbar gewesen, dass die B. Vers. den grösseren Teil dieser Beschwerden dem B. Ger. zum Entscheide anheimgeben werde; in der Praxis habe sich aber die Sache so gestaltet, dass bis zur Stunde in den 22 Jahren des Bestandes der B. V. ein einziger Fall von der B. Vers. ans B. Ger. gewiesen wurde[4]), was sich daraus erkläre, dass die B. Vers. s. z. s. die gleichen Diskussionen durchzumachen habe, ob sie den Fall selbst erledige oder ihn dem B. Ger. überweise. Um den Gedanken des Art. 105 zu verwirklichen, schlug der B. R. vor, die Fälle, in denen das B. Ger. zu urteilen habe, nicht durch die B. Vers., sondern durch das Gesetz bezeichnen zu lassen; es liege z. B. auf der Hand, dass alle Gerichtsstandstreitigkeiten, Händel über Arrestlegung, solche über Vollziehbarkeit gerichtlicher Urteile, dann die Klagen über unrichtige Auslegung von Konkordaten in Prozessfällen u. s. f. ohne die mindeste Schwierigkeit dem B. Ger. zugeschieden werden können. Der B. R. beantragte folgende Fassung: «Das B. Ger. urteilt im fernern über Verletzungen von verfassungsmässigen Rechten, *sowie von Konkordatsbestimmungen*, soweit die daherigen Beschwerden ihm *durch die Bundesgesetzgebung* zur Entscheidung zugewiesen wer-

---

[1]) Diese 3 Worte standen im Entwurf von 1832 nicht.
[2]) Prot. der Revisionskommission, S. 141—142.
[3]) Absch. 1847, IV, S. 155, 280.
[4]) Der Fall Dupré. *Ullmer*, I, Nr. 375, der auch bis 1874 der einzige blieb.

den. — Derartige Beschwerden sind vom B. Ger. in summarischem und schriftlichem Verfahren unentgeltlich zu erledigen.» Der praktische Vorteil der bisherigen Praxis, nämlich die rasche und unentgeltliche Erledigung von Rekursbeschwerden durch den B. R., lasse sich durch ein entsprechendes Verfahren vor dem B. Ger. auch erreichen, und der politische Vorteil, die Möglichkeit für die B. Vers., das Bundesrecht durch Rekursentscheidungen fortzubilden und in freiem Geiste zu entwickeln, könne sich auf den Gebieten nicht geltend machen, die dem B. Ger. zu überweisen seien.

Die N. R. K. von 1871 bestätigte diesen Antrag[1]).

Die St. R. K., die schon i. J. 1866 einen ähnlichen Antrag gebracht hatte[2]), betonte noch, wie wenig die B. Vers. zur Entscheidung von Rekursen geeignet sei. Ferner wurde vorgeschlagen, in Abs. 1 die Worte einzufügen «und der Staatsverträge mit dem Auslande», mit der Begründung, die Schweiz befinde sich namentlich Frankreich gegenüber im Nachteil, wenn gegen die Auslegung von Staatsverträgen durch die Gerichte noch an die politischen Behörden rekurriert werden könne, die sich in Frankreich jede Einwirkung auf die Gerichte versagen. Die Kommission beschloss diesen Zusatz[3]).

Im N. R. stellte *Dubs* den Antrag: Art. 113. «Das B. Ger. urteilt im fernern über Streitigkeiten unter den Kantonen, welche staatsrechtlicher Natur sind[4]); über Kompetenzstreitigkeiten zwischen der Bundes- und Kantonalgewalt; über Verletzung von verfassungsmässigen Rechten der Bürger, sowie von Bestimmungen der eidg. Konkordate und der Staatsverträge mit dem Auslande, soweit die daherigen Beschwerden durch die Bundesgesetzgebung nicht dem B. R. bezw. der B. Vers. zum Entscheide überwiesen werden.» Lemma 2 unverändert. Später fügte er den heutigen letzten Absatz bei. Er wollte damals die Zuständigkeit des B. Ger. als die Regel, diejenige der politischen Behörden als die Ausnahme hinstellen. «Je mehr der Bundesstaat dem Einheitsstaat nähergerückt werde, desto mehr müsse man sich zu den dem Einheitsstaate geläufigen Formen bequemen, zu denen namentlich die Trennung der gesetzgebenden von der richterlichen Gewalt gehöre. Damit jedoch die richterliche Gewalt nicht über die gesetzgebende sich erhebe, werde die Bestimmung vorgeschlagen, dass der Richter die von der B. Vers. erlassenen Gesetze und die von ihr gutgeheissenen Verträge als massgebend zu betrachten habe, wie dies sich übrigens bei uns von selbst verstehe.» Die Kommission beanstandete an diesem Antrag erstens die Kompetenz, über Verletzung von Staatsverträgen zu entscheiden, weil ihr schien, dass sich nicht alle Gegenstände zur gerichtlichen Erledigung eignen, namentlich wenn man auch Beschwerden auswärtiger Regierungen zulasse; zweitens die Befugnis, Kompetenzkonflikte zwischen Bund und Kantonen zu entscheiden, die wie bisher eher durch eine politische Behörde ausgeübt werden solle. Die Kommission wollte daher, durch Erwähnung dieser beiden Streitigkeiten in Art. 114 (damals 115), dem Bundesgesetzgeber vorbehalten, sie in die Kompetenz des

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 36, 174, 177.

[2]) Vgl. B. Bl. 1865, III, 653.

[3]) Prot. der St. R. K., S. 105—106.

[4]) Diese Streitigkeiten gehörten nach Art. 74, Ziff. 16, der B. V. von 1848 in die Kompetenz der B. Vers. Vgl. oben S. 734.

B. Ger. zu legen. Der letzte Satz im 1. Absatz des Antrages *Dubs* wurde im Einverständnis des Antragstellers durch den vorletzten Absatz von heute ersetzt. Die Bestimmung lautete demnach inhaltlich wie heute, ausgenommen in Ziff. 4, wo es einfach hiess: «über Beschwerden betr. Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen»; auch war der Absatz betr. das Verfahren beibehalten[1]).

Im St. R. beantragte die Kommission Streichung dieses letzten Absatzes. *Sulzer* beantragt ferner Streichung der Worte: «sowie von Konkordaten und Staatsverträgen»; namentlich weil die meisten Konkordate, die nach Vereinheitlichung des Rechts noch übrig bleiben, polizeilicher Natur seien, und es gefährlich sei, über Beschwerden auswärtiger Regierungen wegen Verletzung von Staatsverträgen durch unabänderliche gerichtliche Urteile abzusprechen. Diesen und anderen ähnlichen Einwendungen trug *Dubs* dadurch Rechnung, dass er zu redigieren vorschlug: «über Beschwerden betr. Verletzung verfassungsmässiger Rechte der Bürger, sowie über solche *von Privaten* wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen», und mit diesem Amendement wurde sein Antrag in der heutigen Fassung als Art. 113 angenommen[2]). — Sie blieb seither unverändert.

II. Auslegung.

A. Kompetenzkonflikte[3]).

1. **Gegenstand.** Kompetenzkonflikte i. S. von Art. 113, Ziff. 1, sind Streitigkeiten zwischen Bund und Kanton über die sachliche Ausscheidung ihrer Staatsgewalt, oder wie die B. V. von 1848, Art. 74, Ziffer 17, sich ausdrückte, darüber, ob ein Gegenstand in den Bereich des Bundes oder der Kantonalsouveränität gehöre. Gegenstand des Streites ist also der Umfang staatlicher Gewalt, nicht irgendwelches Rechtsverhältnis zwischen Bund und Kanton. Das B. Ger. entschied mit Recht, der B. R. könne nicht den Kompetenzkonflikt erheben, weil er in unrichtiger Anwendung des B. Ges. über die Kosten der Bundesrechtspflege vom 25. Juni 1880 durch ein kantonales Gericht in einen Teil der Kosten eines Strafprozesses verurteilt worden war; denn die Befugnis, über den Kostenpunkt Recht zu sprechen, die allerdings eine hoheitliche ist, war nicht streitig, und die Zahlung der Kosten war so wenig wie die Nichtzahlung ein Akt der Staatsgewalt. Es braucht aber keineswegs der Bund diejenige Befugnis für sich zu beanspruchen, die er dem Kanton nicht überlassen will oder umgekehrt, damit ein Kompetenzkonflikt gegeben sei, wie das B. Ger. anzunehmen scheint[4]); es genügt, dass der Bund dem Kanton etwas gebiete oder verbiete, das ausschliesslich der kantonalen Rechtssphäre angehört; eine Kompetenzüberschreitung kann der Bund auch durch Behauptung einer Pflicht auf Seite des Kantons begehen oder umgekehrt.

---

[1]) Prot. des N. R. 1872, S. 471 f.; 484 ff.; 499—505; 519; 569.
[2]) Prot. des St. R. vom 20. Febr. 1872; *Bulletin*, S. 475—482.
[3]) *Blumer-Morel*, III, 79 ff., 168 ff.
[4]) Ähnlich *Veith*, Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, 1902, S. 147.

Ein Kompetenzkonflikt liegt dagegen nicht vor, wenn der Beschluss einer Bundes- oder Kantonsbehörde angefochten wird, weil eine *andere Behörde* des Bundes oder des Kantons kompetent sei (B. Bl. 1889, III, 547, 549).

Eine andere Frage ist, ob die Handlungen jeder Behörde, auch untergeordneter oder lokaler Behörden, Gegenstand eines Kompetenzkonfliktes sein können. Steht dem sich verletzt glaubenden Kanton oder dem Bund gegen die untere oder lokale Behörde ein Rechtsmittel an die obere oder zentrale zu, so haben sie es vor Anhängigmachung des Kompetenzkonfliktes zu ergreifen. Steht ihnen ein Rechtmittel nicht zu Gebote, sei es weil sie nicht als Partei legitimiert sind, sei es weil es keine höhere Instanz gibt, so kann m. E. der Kompetenzkonflikt unmittelbar erhoben werden. Solche Fälle werden aber selten sein.

Es kann sich auch fragen, ob die Handhabung der durch die B. V. gewährleisteten Individualrechte durch die Kantone mit dem Kompetenzkonflikt angefochten werden kann: die Individualrechte bezeichnen ja nicht die Grenze der kantonalen Staatsgewalt gegenüber derjenigen des Bundes, sondern der Staatsgewalt überhaupt, und wenn die eidg. Rekursbehörde den Begriff der Gewerbefreiheit z. B. zu weit interpretiert, so beschränkt sie damit grundsätzlich die Staatsgewalt des Bundes wie die der Kantone zu gunsten der Freiheit der Einzelnen. Der Missbrauch der Bundesgewalt kann entweder darin liegen, *dass* die Bundesbehörde eine solche Beschwerde entscheidet, trotzdem nicht ein in der B. V. gewährleistetes Recht geltend gemacht wurde; dann ist der Kompetenzkonflikt zweifellos gegeben; oder aber darin, dass sie über ein bundesrechtlich gewährleistetes Recht auf bestimmte Weise entschied, indem die Sphäre des Individuums auf Kosten der (kantonalen) Staatsgewalt übermässig erweitert wurde; hier kann die Zulässigkeit des Kompetenzkonfliktes bezweifelt werden, weil es sich für die einmal zuständige eidg. Rekursbehörde um Feststellung der Grenzen zwischen individueller Freiheit und Staatsgewalt, nicht zwischen kantonaler und eidg. Staatsgewalt handelt. Es scheint mir aber, trotz mancher praktischer Bedenken, richtiger, auch hier den Kompetenzkonflikt zuzulassen, denn da die Bundesbehörden gegenüber den Kantonen zum Schutz dieser Rechte berufen sind, stellt sich ihre Spruchpraxis nicht nur der formellen Entscheidungskompetenz, sondern auch dem Inhalte nach, als eine dem Individuum gegenüber der kantonalen Staatsgewalt geliehene Macht dar, die nicht auf Kosten dieser verfassungswidrig ausgedehnt werden darf. Bei Individualrechten der kantonalen Verfassungen wird die Frage nicht praktisch, weil sie durch das B. Ger. selbst geschützt werden; Art. 113, Ziff. 3.

Im übrigen kann der Kompetenzkonflikt erhoben werden gegen administrative und richterliche Beschlüsse. Auch gesetzgeberische Erlasse der Kantone können seitens des Bundes mit diesem Mittel angefochten werden. Gesetze und allgemein verbindliche Beschlüsse des Bundes dagegen, sowie Staatsverträge, sind für das B. Ger. verbindlich; der Bundesgesetzgeber entscheidet daher selber über die Grenzen seiner Kompetenz, und das sind weitaus die weittragendsten Grenzstreitfragen. Vgl. Art. 113, Abs. 3. Dass dagegen andere als allgemein verbindliche Beschlüsse der B. Vers. mit dem Kompetenzkonflikt angefochten werden können, scheint mir zweifellos, da ja auch unter der B. V. von 1848 Be-

schlüsse der beiden Räte mit diesem Mittel vor der vereinigten B. Vers. angefochten werden konnten[1]).

Es bleibt den Kantonen auch vorbehalten, gegen b. r. Verordnungen als solche den Kompetenzkonflikt zu erheben; denn es kann die Befugnis der Kantone, die Grenzen ihres Kompetenzbereiches durch die unabhängige Instanz des B. Ger. feststellen zu lassen, nicht davon abhängen, ob der B. R. die Grundsätze seiner Verwaltungspraxis in einem normativen Erlass niedergelegt habe oder nicht. Die Kantone können auch die Anwendung der B. Ges. durch die eidg. Vollziehungsbehörden zum Gegenstand eines Kompetenzkonfliktes machen, wenn das Gesetz den verfassungsrechtlichen Rahmen der Bundeskompetenz ausfüllt, nicht aber wenn es nur in teilweiser Benutzung dieser Kompetenz Normen aufstellt; die Kantone können sich m. E. nicht darüber beschweren, dass ihre Kompetenz durch unrichtige Auslegung des Gesetzes verletzt worden sei, wenn feststeht, dass der Gesetzgeber die kantonale Kompetenz, ohne die B. V. zu verletzen, noch mehr hätte einschränken können; u. U. ist aber ein anderes Rechtsmittel gegeben.

Der Kompetenzkonflikt ist also nicht unter allen Umständen nach Verfassungsrecht zu entscheiden, wie einige b. ger. Urteile könnten vermuten lassen, sondern auch nach Gesetzesrecht; nicht aber nach Normen, die eine andere Behörde als die B. Vers. aufgestellt hat; dass es stets eidg. Normen sein müssen, ist selbstverständlich.

Die im Kompetenzkonflikt streitige Frage wird in der Regel nicht die Form annehmen: ist der Bund oder der Kanton kompetent, eine bestimmte, in dieser oder jener Vorschrift enthaltene Befugnis auszuüben? denn dies wird selten streitig sein; sie wird vielmehr lauten: welches ist und wie weit geht die Befugnis, welche eine Vorschrift, sei es dem Bunde, sei es dem Kantone, zuschreibt? Deshalb lässt sich auch die Kompetenzfrage selten von der Frage trennen, ob die massgebende Bestimmung richtig ausgelegt worden ist oder nicht. Ein Fall der ersten Art war z. B. der vom B. Ger. mit Urteil vom 14. Sept. 1903 i. S. Conseil fédéral, XXIX, 314, entschiedene, wo sich der Kanton Genf entgegen der klaren Vorschrift des Art. 125 O. G. das Begnadigungsrecht angemasst hatte; hier liess sich die Kompetenzfrage von der sachlichen (richtiger Anwendung des Begnadigungsrechts) leicht trennen; ähnlich XXV, 15: Zuständigkeit kantonaler Gerichte für Schätzung von Flurschaden; die Fälle der zweiten Art sind aber häufiger.

Das B. Ger. hat sich aber auch in den Fällen der zweiten Art auf die Prüfung der formellen Kompetenz beschränkt, d. h. darauf, ob die Bundesbehörde kompetent gewesen sei, die Vorschrift anzuwenden, in Anwendung derer sie den angeblichen verfassungswidrigen Beschluss fasste. Als z. B. der Kanton Neuenburg den Kompetenzkonflikt erhob gegen den Anspruch des B. R. auf die Hälfte der neuenburgischen Militärpflichtersatzsteuer, vor Erlass eines B. Ges. darüber, konstatierte das B. Ger. am 27. Dez. 1879 i. S. Etat de Neuchâtel, V, 524, dass der B. R. zur Vollziehung der Art. 18, Abs. 4, 42, lit. *e*, und 1 der Ü. B. der B. V., die zuständige Behörde sei, dass Neuenburg diese Kompetenz nicht beanspruche, und dass daher der Bund im Rahmen seiner Kompetenz gehandelt habe; ob die zit. Bestimmungen richtig ausgelegt worden seien oder nicht, habe das B. Ger.

[1]) *Blumer-Morel,* III, 80.

nicht zu untersuchen. Diese Auffassung wurde bestätigt in den Urteilen vom 18. Sept. i. S. Consiglio federale c. Ticino, XI, 251; 19. April 1890 i. S. Ticino c. Consiglio federale, XVI, 276, und namentlich vom 30. März 1898 i. S. Luzern g. B. R., XXIV, 90, wo dem B. R. vorgeworfen war, er habe im Entscheide über einen Wahlrekurs die Grenzen seines Prüfungsrechtes überschritten.

Wenn das B. Ger. sich jede materielle Prüfung versagen will, hat der Kompetenzkonflikt s. z. s. nur noch auf dem Gebiete der Zivil- und Strafgerichtsbarkeit Bedeutung; da wo er am notwendigsten wäre, im Verwaltungsrecht, wäre er wertlos; denn wenn eine Bundesbehörde eine Befugnis ausübt, die ihr nicht zukommt, wird sie sich stets dafür auf eine Bestimmung berufen, die sie kompetent ist anzuwenden. Sache des B. Ger. wäre es eben, nachzuweisen, dass diese Bestimmung ihr die beanspruchte Befugnis nicht gibt. Die B. Vers., die allerdings als politische Behörde eher dazu geeignet war, liess sich stets auf die materielle Seite der Frage ein[1]). Sie entschied z. B. am 20. Nov. 1848, der Kt. Freiburg sei nach Art. 63 B. V. (= 74 von heute) befugt, zu verlangen, dass die Wähler des N. R. sowohl die Bundes- als die Kantonsverfassung beschworen haben, was der N. R. unzulässig erklärt hatte; *Ullmer*, I, Nr. 334; am 9. Aug. 1852 entschied sie, die Art. 292—297 der eidg. Strafrechtspflege finden auch Anwendung auf die im kantonalen Dienste befindlichen Truppen; *Ullmer*, I, Nr, 339, 526. Vgl. den sog. Westbahnkonflikt betr. Zwangskonzession auf waadtländischem Gebiet, wo die B. Vers. am 19. Dez. 1857 ohne Motive beschloss, es sei dem durch den Kt. Waadt erhobenen Kompetenzkonflikt keine Folge zu geben; *Ullmer*, I, Nr. 342. Vgl. auch die Rekurse des Kantons Genf betr. die Flüchtlingsangelegenheit (B. Bl. 1858, II, 371; A. S. VI, 115); der Kantone *Bern* und *Basel* betr. Anschaffung von Lafetten (B. Bl. 1868, I, 207, 211); des Kantons *Thurgau* betr. Naturalisation (B. Bl. 1871, II, 900; III, 91); des Kantons *Tessin* betr. Kosten eines Truppenaufgebotes (B. Bl. 1872, I, 72; II, 586). Die grundsätzliche Unrichtigkeit des b. ger. Standpunktes zeigt sich nicht bloss darin, dass er in den meisten Fällen die Erhebung des Kompetenzkonfliktes durchaus zwecklos macht, sondern auch darin, dass der gleiche Massstab unmöglich auf Kompetenzanmassungen kantonaler Behörden angewendet werden kann, während doch zweifellos die Frage, ob die Bundesbehörden auf das kantonale Gebiet hinübergreifen, nach gleichem Massstab beurteilt werden muss, wie die Frage, ob kantonale Behörden sich Kompetenzen des Bundes anmassen. Wenn nun eine kantonale Militärbehörde in kompetenter, aber unrichtiger, weil bundesrechtswidriger Auslegung eines kantonalen Gesetzes, die kantonalen Truppenkörper instruieren oder einberufen wollte, oder wenn eine kantonale Baubehörde der Eisenbahnverwaltung über den Bau von Stationsgebäuden Vorschriften machen wollte, so könnte der Kompetenzkonflikt nicht mit der rein formellen Prüfung abgetan werden, ob die kantonale Behörde zur Anwendung und Auslegung jenes kantonalen Gesetzes zu-

[1]) In einem Falle allerdings nicht, wo es sich um die Gewerbefreiheit von Israeliten in andern Kantonen handelte; die B. Vers. begnügte sich damit, zu erkennen, der B. R. sei zur Entscheidung der Beschwerde nach Art. 90, Ziff. 2, B. V. formell kompetent gewesen, aber offenbar, weil die Frage der materiellen Richtigkeit dieser Entscheidung im gewöhnlichen Instanzenzug der B. Vers. (in getrennter Beratung) vorgelegt werden konnte und auch vorgelegt wurde. Vgl *Ullmer*, I, Nr. 335; 56.

ständig sei. Dass die Gefahr solcher Übergriffe von Seite der Kantone tatsächlich weniger gross ist, ändert die Frage nicht.

Die vom B. Ger. gehegte Besorgnis, dass es bei dieser weiten Auffassung seines Prüfungsrechtes zur Berufungsinstanz für alle einem Kantone unbequemen Verwaltungsverfügungen werde, ist nicht ganz unbegründet. Tatsächlich wird aber ein Kanton dieses aussergewöhnliche Rechtsmittel nicht ohne wichtige Gründe ergreifen; ferner ist nicht jede Verfügung oder Entscheidung einer Bundes- oder Kantonsbehörde dazu geeignet; namentlich aber wird sich das B. Ger. auf die Prüfung von eigentlichen Rechtsfragen beschränken dürfen, unter Ausschluss von Fragen tatsächlicher Art, oder genauer von Rechtsfragen, die von der Beurteilung spezieller Tatumstände abhängen.

Wenn z. B. ein Kanton den Kompetenzkonflikt erheben wollte, weil der B. R. die eidg. Intervention beschlossen habe, ohne dass die Ordnung im Kanton gestört wäre, so hätte das B. Ger. diese «Tatfrage» nicht zu prüfen. Die Unterscheidung zwischen Rechtsfragen einerseits und Tat- oder Zweckmässigkeitsfragen ist allerdings in diesem Sinn unmöglich, im Gegensatz zur rechtlichen und tatsächlichen Seite einer und derselben Rechtsfrage, weil jede Tatfrage zugleich eine Rechtsfrage ist; es ist mehr ein quantitativer als ein qualitativer Unterschied, der sich aber hier nicht schwieriger durchführen lässt als auf andern Gebieten der Verwaltungsgerichtsbarkeit. Das B. Ger. verwendet ihn selbst z. B. bei Entscheidung von Beschwerden über Verletzung der in den kantonalen Verfassungen enthaltenen Eigentumsgarantie, wenn streitig ist, ob Gründe des «öffentlichen Wohls» die Expropriation rechtfertigen. — Aus diesem Grund konnte z. B. der Kanton Tessin anlässlich der Intervention von 1889 nicht den Kompetenzkonflikt erheben, weil der B. R. die Strafvoruntersuchung eingeleitet habe, ohne dass ein in Art. 112, Ziff. 3, B. V. vorgesehenes Verbrechen vorgelegen hätte, denn ob dafür genügende Anzeichen vorhanden waren, war ein Tatfrage (B. Bl. 1889, III, 549; IV, 51—52). B. Ger. XVI, 269, und die Rechtsschriften von Prof. *König*. Vor die Wahl gestellt, entweder den richterlichen Schutz gegen Kompetenzverletzungen für Bund und namentlich für Kantone tatsächlich fallen zu lassen, oder ihn in dieser etwas unbestimmten Gestalt zuzulassen, wählen wir unbedenklich das letztere, als das der B. V. entsprechende.

2. **Form.** *Parteien* im Kompetenzkonflikt sind der Bund einerseits, ein Kanton anderseits; es steht daher einem Privaten nicht zu, nach Erschöpfung aller anderen Rechtsmittel noch den Kompetenzkonflikt zu erheben, oder auch in einem zwischen Bund und Kanton hängigen Kompetenzkonflikt zu intervenieren, B. Ger. XXIV, 90.

Welche Behörde namens eines Kantons *als Kläger* den Kompetenzkonflikt erheben kann, bestimmt sich grundsätzlich nach kantonalem Recht; mangels ausdrücklicher Vorschrift werden aber sowohl diejenige Behörde, welche die streitige Kompetenz auszuüben hätte, als die kantonale Regierung oder die oberste gesetzgebende Behörde als kompetent zu betrachten sein. Namens des Bundes sind ebenfalls die zur Ausübung der streitigen Kompetenz berufene Behörde und in jedem Fall der B. R. als aktiv legitimiert zu betrachten. Das B. Ger. anerkannte die Legitimation des B. R. zur Erhebung des Kompetenzkonfliktes über die

Ausübung des Begnadigungsrechtes, B. Ger. XXIX, 314. Zur Wahrung der Kompetenzen des B. Ger. selbst gegenüber kantonalen Gerichtsbehörden genügt es, dass die Parteien das B. Ger. um eine Entscheidung in der Sache selbst angehen können [1]). Einen besonderen Fall betrifft Art. 6 des B. Ges. betr. den Gerichtsstand für Zivilklagen, welche von dem Bund oder gegen denselben angehoben werden, vom 20. Nov. 1850; vgl. B. Ger. XXV, 15.

Namens des *Beklagten* kann nur eine Behörde des Bundes oder des Kantons, nicht aber einer Gemeinde oder eines Bezirkes, erscheinen; für den Bund wird es regelmässig der B. R. sein.

Der Kompetenzkonflikt kann nur erhoben werden *gegen eine ergangene Entscheidung*, nicht gegen eine erst bevorstehende, was namentlich bei der streitigen Gerichtsbarkeit praktisch wird. Der Beklagte kann der Entscheidung über die Sache selbst nur mit der Kompetenzeinrede zuvorkommen. Der Beklagte hat auch nicht Anspruch darauf, dass die Behörde vorerst nur die Kompetenzfrage entscheide, wie es das B. Ger. nicht selten getan [2]).

Der *Kompetenzkonflikt* unserscheidet sich also von der *Kompetenzeinrede* dadurch, dass er ein selbständiges Rechtsmittel ist, und zwar ein solches, das nicht nur gegenüber Entscheidungen über Streitsachen gegeben ist [3]). Er unterscheidet sich vom *staatsrechtlichen Rekurs* durch seine z. T. verschiedenen Voraussetzungen in bezug auf Gegenstand, Legitimation der Parteien und prozessualische Ausgestaltung [4]). Die Geltendmachung der Kompetenzeinrede oder des staatsrechtlichen Rekurses schliesst die Möglichkeit nicht aus, später noch den Kompetenzkonflikt zu erheben.

Endlich seien folgende besondere Vorschriften erwähnt: Das B. Ges. über die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft, vom 23. Dez. 1851, bestimmt in Art. 12, «dass alle Konflikte, welche über die Anwendung des Gesetzes entstehen, zur Kompetenz der vereinigten B. Vers. gehören.» M. E. geschah dies in Anwendung des Art. 74, Ziff. 17, der B. V. von 1848, weil Anstände zwischen Bund und Kanton über die Anwendung dieses Gesetzes Kompetenzstreitigkeiten sind; sie sollten daher heute durch das B. Ger. geschlichtet werden, wie es z. T. schon kraft Art. 179 O. G. geschieht. Die B. Vers. erklärte sich in einem Beschlusse vom 28. Juni 1888 noch für kompetent; *Salis,* I, Nr. 28. — Die Militärstrafgerichtsordnung vom 28. Juni 1889, Art. 8, lässt Kompetenzanstände zwischen bürgerlichen und militärischen Gerichtsbehörden endgültig durch den B. R. entscheiden. M. E. schliesst

---

[1]) Ähnlich verhält es sich beim französischen Conflit d'attribution: er kann durch die Gerichtsbehörden nicht erhoben werden.

[2]) In diesem Sinne ist auch Art. 6 des B. Ges. betr. den Gerichtsstand etc. vom 23. Nov. 1850 auszulegen; B. Ger. XXV, 15.

[3]) Vgl. B. Ger. XXIV, 90, B. Bl. 1851, III, 89 ff., 103 ff. *Blumer-Morel,* III, 79–80. Im Falle Lea Brasey, *Salis,* III, Nr. 1073, wo sich die Kirchgemeinde Rueyres-les-Prés auf dem Wege einer zivilrechtlichen Besitzesklage glaubte einem B. R. B. betr. Schicklichkeit des Begräbnisses widersetzen zu können, schützte der B. R. eine Beschwerde der L. B. gegen die Anhandnahme der Besitzesklage durch das freiburgische Gericht; wenn der Anspruch, wie er erhoben wurde, ein rein zivilrechtlicher gewesen wäre, hätte der B R. gegen das Eintreten des Gerichts nichts einwenden können; die Gutheissung der Klage wäre aber auch unwirksam gewesen.

[4]) Das B. Ger. hat am 30. März 1898 i. S. Luzern g. B. R., XXIV, 90, entschieden, der Kompetenzkonflikt sei an keine Rekursfrist gebunden, wie Art. 178 des O. G. überhaupt nicht auf denselben anwendbar sei.

dies den Kompetenzkonflikt seitens des Kantons nicht aus, wohl aber die Weiterziehung der Entscheidung seitens einer der Parteien, vgl. *Salis*, III, Nr. 1253.

B. Staatsrechtliche Streitigkeiten zwischen Kantonen.

Die Frage, welche Streitigkeiten *staatsrechtlicher* und welche zivilrechtlicher Natur seien, ist bei Art. 110 besprochen worden, S. 829 ff. u. 835. Es sei hier noch verwiesen auf B. Ger. IV, 365, wo der Anspruch eines Kantons an einen andern auf Teilung der Unterstützung eines gemeinsamen Bürgers als zivilrechtlicher bezeichnet wurde, während das B. Ger. später den Anspruch des Aufenthaltskantons an den Heimatkanton auf Vergütung der für Transport und Verpflegung gehabten Kosten, B. Ger. XIII, 415, sowie auch den Anspruch auf Übernahme der dem beklagten Kanton nach dem B. Ges. vom 22. Juni 1875 zufallenden Verpflegungskosten armer Aufenthalter, B. Ger. VIII, 442, als staatsrechtliche behandelte. Vgl. ferner: I, 110; XXVI, 448 und Art. 177, Abs. 2, des O. G.

Die Verfassung spricht nur von Streitigkeiten *zwischen Kantonen;* indessen hat m. E. das Gleiche zu gelten, wenn zwischen Gemeinden verschiedener Kantone staatsrechtliche Streitigkeiten entstehen, z. B. über die Unterstützungspflicht.

Gewiss wollte die B. V. die Kantone nicht hindern, anstatt ihrer Gemeinden den Streit zu führen, da ja im Verhältnis zu einem andern Kanton kaum eine Angelegenheit der Gemeinde dem Kanton ganz fremd ist; führen aber die Gemeinden selbst den Streit, so bleibt nichtsdestoweniger die Angelegenheit eine interkantonale, für welche ein Richter, jedenfalls ein unparteiischer Richter, im Kanton der angesprochenen Gemeinde nicht zu finden sein wird. «Kanton» steht hier vielmehr im Gegensatz zu «Privaten» als zu den dem Kanton eingegliederten Teilorganisationen. Vgl. oben Art. 110, Abs. 2, S. 836. Das B. Ger. war anderer Ansicht: IV, 365; heute bestimmt Art. 177, Abs. 1, des O. G., dass eine Kantonsregierung den Entscheid des B. Ger. anrufen müsse.

Die Kantonsregierung kann die Interessen ihrer Bürger oder Einwohner in die Hand nehmen, wenn sie damit zugleich ein eigenes Recht geltend macht; vgl. B. Ger. IV. 46 (Wasserrecht); XII, 68 (Gerichtsstand); II, 612 und XVI, 472 (Doppelbesteuerung); VIII, 210; VI, 562.

Nicht alle Streitigkeiten staatsrechtlicher Natur zwischen Kantonen werden nach geltendem Bundesrecht durch das B. Ger. entschieden: *der B. R. entscheidet* über Streitigkeiten zwischen Kantonen betr. Militärpflichtersatzsteuer, Art. 16 des B. Ges. vom 28. Juni 1878; über Anstände betr. Regelung der Fischerei in interkantonalen Gewässern, Art. 24 des B. Ges. vom 21. Dez. 1888; betr. Jagd auf interkantonalen Seen, vgl. Art. 10 des B. Ges. vom 24. Juni 1904; der B. R. entscheidet die Anstände betr. Ausführung von Gewässerkorrektionen, die für mehrere Kantone von Interesse sind: Art. 6 und 11 des B. Ges. vom 22. Juni 1877; vgl. Art. 34 des eidg. Forstpolizeigesetzes vom 11. Okt. 1902; über Vertretung der Kantone in den Verwaltungsräten der Privatbahnen, Art. 6, Abs. 3, des B. Ges. vom 28. Juni 1895. Nach Art. 924 des b. r. Entwurfes zu einem Zivilgesetzbuch entscheidet der B. R. mangels Einigung unter den Kantonen über Verleihung von Wasserwerken, die mehrere Kantonsgebiete in Anspruch nehmen.

Wenn der Bund zur vollständigen Regelung einer Materie kompetent ist, nicht nur zur Aufstellung von interkantonalen Konfliktsnormen, so kann er wohl auch bestimmen, welche Behörde über Anstände zwischen Kantonen über die Anwendung seiner Gesetze entscheidet; die Gerichtsstandsnorm des Art. 113, Ziff. 2, bleibt aber massgebend auf Rechtsgebieten, die kantonal verblieben sind. Für diese Kollisionsfälle verschiedener kantonaler Rechte wollte die B. V. ein unparteiisches gerichtliches Verfahren an Stelle der Selbsthülfe setzen, vgl. Art. 14 B. V. Demgemäss entscheidet auch das B. Ger., wie früher, die Streitigkeiten unter Kantonen betr. die zivilrechtlichen Verhältnisse der Aufenthalter und Niedergelassenen, Art. 38 des B. Ges. vom 25. Juni 1891.

Das Bundesrecht enthält nicht für alle Streitigkeiten unter Kantonen eine *Entscheidungsnorm;* enthält es keine, so kann sich das B. Ger. nicht damit begnügen, zu erklären, die Souveränität der Kantone sei in diesem Punkt durch keine bundesrechtliche Vorschrift beschränkt, und den Konflikt weiter bestehen lassen; B. Ger. III, 31; IV, 3, 365. Auch das Prinzip der Gleichberechtigung der Kantone führt zu keiner Lösung; die Gleichberechtigung muss zwar unter allen Umständen gewahrt bleiben; sie verhindert aber nicht, dass zwei Kantone vom gleichen Standpunkt aus kollidierende Ansprüche erheben. Als das B. Ger. am 12. Januar 1878 einen Streit zwischen Aargau und Zürich betr. Wasserrechte an einem gemeinsamen Gewässer zu schlichten hatte, entschied es auch tatsächlich keineswegs, wie es meinte, nach diesem formalen Prinzip, sondern nach einem andern, unklar ausgeführten; IV, 46. Wenn die auf die verschiedenen möglichen Streitigkeiten anwendbaren Rechtsnormen mit einer Formel bezeichnet werden sollen, so ist es die vom B. Ger. später gebrauchte: es ist auf die Normen des allgemeinen Völkerrechts zurückzugreifen, wobei das bundesstaatliche Verhältnis der Kantone nicht ausser acht gelassen werden darf; B. Ger. XXVI, 448.

C. Beschwerden betr. Verletzung verfassungsmässiger Rechte [1]).

Diejenigen Voraussetzungen dieses Rekursrechtes, die im O. G. näher ausgeführt sind, werden hier nicht erörtert; es sind dies namentlich die Fragen, was unter «kantonalen Verfügungen und Erlassen», gegen welche die Beschwerde gerichtet werden kann, zu verstehen sei, wer zur Beschwerde legitimiert und welches die Beschwerdefrist sei. Art. 178 O. G. Auch die in Art. 189 getroffene Ausscheidung zwischen den Kompetenzen des B. Ger. und denjenigen des B. R. ist hier, als blosses Gesetzesrecht, nicht mehr zu besprechen; über die «Administrativstreitigkeiten» vgl. oben S. 798.

Dagegen sagt das O. G. nicht, was «*verfassungsmässige*» Rechte seien, im Gegensatz zu bloss gesetzesmässigen. Unter verfassungsmässigen Rechten sind wohl nur Rechte des Einzelnen gegenüber der Staatsgewalt zu verstehen: Beschränkungen dieser zu gunsten jener. Da solche Vor-

[1]) *Blumer-Morel,* III, 171 ff. *Soldan,* Du recours de droit public au Tribunal fédéral, Zeitschrift, V, 1886, S. 185. Referate von *Schoch* und *Carrard* über das gleiche Thema im schweiz. Juristenverein 1886, Zeitschrift, V, 531, 636. *Dubs,* II, 87. *Orelli,* 41 ff. *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 137 ff.

schriften aber auch in Gesetzen enthalten sein können, sofern sie sich nicht an den Gesetzgeber selbst richten, so ist der Unterschied bloss darin zu suchen, ob das Recht durch Verfassung oder Gesetz garantiert sei, ohne Rücksicht auf seinen Inhalt. Das B. Ger. hat in einer Entscheidung vom 20. Nov. 1903 i. S. A.-G. Motor, XXIX, 497, den Begriff dieser massen formuliert, ihn aber unrichtig angewendet, indem es Vorschriften, welche die Verfassung selbst als durch Gesetz abänderbar erklärte, trotzdem als verfassungsmässige bezeichnete, bloss weil sie in der Verfassung standen; darüber, ob formelles Verfassungsrecht vorliege oder nicht, ist, wie S. 1 ausgeführt, das zur Abänderung erforderliche Verfahren massgebend. Die frühere Praxis war daher richtig; B. Ger. XXVII, 505. Indem das B. Ger. vor dem Bestehen des Art. 182 O. G. den staatsrechtlichen Rekurs zuliess bei Verletzung strafrechtlicher B. Ges. mangels eines anderen Rechtsmittels: B. Ger. IX, 473; X, 224, wollte es das verletzte Recht nicht als ein verfassungsmässiges bezeichnen, sondern das bei Verletzung solcher Rechte vorgesehene Rechtsmittel analog auf Verletzung von gewissen *Gesetzes*vorschriften anwenden.

Wenn das O. G. den staatsrechtlichen Rekurs ganz allgemein auch gegen Verletzung der in Bundesgesetzen gewährleisteten Individualrechte gestattet, so kann dies nicht auf Art. 113, Ziff. 3, sondern auf Art. 114 B. V. gestützt werden, denn verfassungsmässige Rechte der Bürger sind nicht alle in den zur Ausführung der B. V. erlassenen B. Ges. gewährleisteten Rechte, wie der B. R. in seiner Botschaft vom 5. April 1892 (B. Bl. 1892, II, 378) in Übereinstimmung mit *Hafner* anführte[1]), sonst hätte die Unterscheidung keinen Sinn mehr; vgl. betr. bundesgesetzwidrige Beschränkung der Handlungsfähigkeit: B. Ger. XXI, 377. Da aber der staatsrechtliche Rekurs gegen Verletzung gesetzesmäsiger Rechte, wie ihn das O. G. vorsieht, der B. V. nicht widerspricht, so hat die Frage im Gebiete des Bundesrechtes keine praktische Bedeutung. Anders im Gebiete des kantonalen Rechtes: wenn die begriffliche Frage des verfassungsmässigen Rechtes, wie sie oben aufgestellt wurde, strenge innegehalten wird, geht der bundesgerichtliche Schutz verloren, sobald die kantonale Verfassungsvorschrift durch ein Ausführungsgesetz im einzelnen ausgeführt wird; man denke an Gesetze über das Verhaftungsrecht, über Zwangsenteignung, Versammlungsrecht und Lehrfreiheit. Diese Konsequenz darf m. E. unbedenklich gezogen werden, weil die Schmälerung des Rechtsschutzes mehr scheinbar als wirklich ist. Wenn z. B. die Gewährleistung der persönlichen Freiheit durch ein Gesetz über das Verhaftungsrecht ausgeführt wird, so gewinnt es schon durch diese genaue, ausdrückliche Umschreibung an Festigkeit; wird das Gesetz dem Gedanken der Verfassung nicht gerecht, so kann das Gesetz als verfassungswidrig angefochten werden, und zwar, nach b. ger. Praxis, sowohl nach seinem Erlass innerhalb der Rekursfrist, als bei jeder späteren Anwendung; entspricht aber das Gesetz dem Verfassungsgedanken, so genügt es, dass gegen willkürliche und offenbar unrichtige Auslegung desselben der b. ger. Schutz angerufen werden könne, was allerdings, auch ohne Art. 4 B. V., auf Grund des Art. 113, 3°, B. V. gefordert werden müsste. Diese Auffassung entspricht der Praxis des B. Ger., wie sie sich namentlich anlässlich der Eigentumsgarantie entwickelt hat; vgl. auch VIII, 487, 494.

---

[1]) *Reichel,* Kommentar des O. G., S. XIV.

Welches die verfassungsmässigen Rechte der B. V. selbst seien, wurde bei den einzelnen Artikeln untersucht; vgl. auch die Art. 110 und 112. Es bleibt hier noch zu untersuchen, welche Vorschriften der *Kantonsverfassungen* solche verfassungsmässige Rechte i. S. von Art. 113, Ziff. 3, begründen, eine Frage, die mit derjenigen der Legitimation verwandt, aber nicht identisch ist.

Es liegt auf der Hand, dass nicht jede Verfassungsvorschrift die Grundlage eines Beschwerderechts bilden kann[1]), z. B. Vorschriften, welche dem Gesetzgeber eine Aufgabe stellen; die Grenze aber zwischen denjenigen Bestimmungen, deren Verletzung auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses gerügt werden kann, und den andern ist schwer zu ziehen: grundsätzlich wird das öffentlichrechtliche Individualrecht ja eben durch die Möglichkeit des Rekurses gekennzeichnet (vgl. oben S. 29 ff.). Wo das Rekursrecht selbst zweifelhaft ist, fehlt daher ein sicheres Kriterium, denn begrifflich kann jede an staatliche Organe gerichtete Vorschrift ein Individualrecht begründen. Bei der Frage, welche kantonalen Verfassungsvorschriften in diesem Falle seien, ist wohl davon auszugehen, dass das kantonale Verfassungsrecht selbst darüber in erster Linie entscheidet; denn wie die Kantone bundesrechtlich nicht verpflichtet sind, zum Schutz des Einzelnen gegen die Allgewalt des Staates in bestimmter Beziehung Vorschriften aufzustellen, so sind sie auch nicht verpflichtet, diejenigen Vorschriften, die sie aufgestellt haben, als Individualrecht, d. h. einen staatsrechtlichen Rekurs begründend anzuerkennen. Eine Kantonsverfassung kann daher vorschreiben, dass eine Bestimmung kein Individualrecht begründet, d. h. dass gegen deren Verletzung weder bei kantonalen noch bei eidg. Behörden rekurriert werden kann. Der Bürger ist damit immer noch besser gestellt, als wenn gar keine solche Vorschrift existierte[2]). Gewöhnlich sagt aber das kantonale Recht darüber nichts aus. Das B. Ger. wird dann den staatsrechtlichen Rekurs sicher annehmen dürfen, wenn schon ein ähnliches *kantonales* Rechtsmittel besteht, z. B. an den Regierungsrat gegen untergeordnete Verwaltungsbehörden oder gegen diesen an den Grossen Rat, während das Fehlen eines solchen Rechtsmittels nicht konkludent ist. Dann kann nur darauf abgestellt werden, ob die Urheber der kantonalen Verfassung mutmasslich das Rekursrecht jedem in seinen Interessen Verletzten zugestanden haben würden.

Das B. Ger. ist in der Anerkennung des Rekursrechtes sehr liberal gewesen; es stellte sich aber selten die grundsätzliche Frage, sondern konstatierte meist nur, dass die Verletzung einer Verfassungsvorschrift geltend gemacht werde. Über die grundsätzliche Frage vgl. folgende Entscheidungen: I, 315, wo die individualrechtliche Natur der Bestimmung verneint wurde, dass der Präsident des Reg.-Rates am Sitzungsorte zu wohnen habe; vgl. II, 113; III, 503, wo dasselbe bezüglich reglementarischer Bestimmungen über Gemeindeverhandlungen gesagt wurde gegenüber Mitgliedern von Gemeindebehörden, und unter Vorbehalt ihres Beschwerderechts als Bürger gegen verfassungswidrige Gemeindebeschlüsse; VII, 437, betr. Oberaufsicht über die Rechtspflege; endlich XXII, 1011—1012, wo bezüglich der Öffentlichkeit der Verhandlungen der

---

[1]) *Blumer-Morel,* III, S. 174.

[2]) Die kantonale Verfassung könnte z. B. bestimmen, dass wegen Verletzung des Grundsatzes nulla poena sine lege nur die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig sind.

Behörden bemerkt wurde: «Ob man nun annehme, dass ihm (dem Rekurrenten) in dieser Beziehung ein eigentliches Individualrecht zur Seite stehe, oder ob man seine Berechtigung bloss als eine sog. Reflexwirkung einer objektiven Rechtsnorm betrachte, ist gleichgültig, da nach feststehendem Bundesstaatsrecht derjenige, dem gegenüber eine Verfassungsbestimmung nicht gehandhabt worden ist, sofern er überhaupt ein Interesse nachweist, befugt ist, auf dem Wege des staatsrechtlichen Rekurses den Schutz des B. Ger. anzurufen und von ihm die Aufhebung der Verfügung zu verlangen, die in Missachtung verfassungsmässiger Garantien erlassen worden ist.» Vgl. ferner II, 458; XII, 92 f.: Wahlkreise für Geschworene; XX, 408; XXVIII, 240; XXIX, 51: Vertretung der Minderheiten im Bureau und in den Kommissionen des Grossen Rates.

Politische Rechte. Die Kompetenz, Beschwerden betr. die politische Stimmberechtigung der Bürger und betr. kantonale Wahlen und Abstimmungen zu entscheiden, steht, auch wenn kantonales Verfassungsrecht anwendbar ist, dem B. R. und der B. Vers. zu: Art. 189 des O. G. Die Praxis des B. R. ist bei *Salis*, III, namentlich Nr. 1210—1235 wiedergegeben. Von b. ger. Entscheidungen sind zu erwähnen: betr. Recht auf Einbürgerung B. Ger. IV, 88, 401. B. Ger. V, 28, 179; VI, 481; X, 77: Entzug des Stimmrechts wegen Geltstags; XIV, 227: wegen strafgerichtlicher Verurteilung; VI, 337: Teilnahme an der Wahl von Geistlichen; XIII, 5: Begriff des «Aktivbürgerrechts» als Voraussetzung zur Befugnis der Parteivertretung vor Gericht; III, 504: Wahlbehörde für Lehrer; III, 184: Wählbarkeit; II, 486: Berechnung der Vertreterzahl im Grossen Rate; XII, 92: Wahlkreise für Geschworene; XIX, 498: Antragsrecht bei der Landsgemeinde; XX, 787: Streichung einer Anzahl Unterschriften eines Initiativbegehrens ohne Angabe welcher Gründe; III, 298: Amtszwang; XI, 567: Unvereinbarkeit zwischen Amt und anderem Beruf.

Die Unabsetzbarkeit von Beamten und das dabei zu beobachtende Verfahren betreffen: B. Ger. II, 71: durch motivierten Beschluss; III, 701; XX, 807; XXIV, 45; Absetzung von Geistlichen: IV, 98; XXIII, 1533; Entschädigungsanspruch wegen Nichtwiederwahl: XXI, 908.

Über **sog. Freiheitsrechte** ergingen folgende Entscheidungen:

Petitionsrecht: B. Ger. I, 11; VII, 314 (Appenzell I.-Rh.), vgl. oben Art. 57.

Freie Meinungsäusserung: B. Ger. XII, 513; XVII, 354.

Unterrichtsfreiheit: B. Ger. VII, 74.

Versammlungsrecht: B. Ger. VII, 512.

Unverletzlichkeit der Wohnung: B. Ger. II, 465; VIII, 487.

Persönliche Freiheit, d. h. Verbot der Verhaftung ausser aus gesetzlichen Gründen und in gesetzlicher Form: B. Ger. I, 252; II, 465; XV, 193; XVIII, 73; XXI, 702; Entschädigung: X, 292; XII, 239; XXVII, 346; IV, 621: Unterbringung eines Unmündigen in eine Versorgungsanstalt durch den Vater; XIII, 446: eines Armen in eine Armenversorgungsanstalt; XIII, 381: Arrest durch Militärbehörde; X, 470: Wirtshausverbot; XVII, 611: freiwillige interkantonale Auslieferung verletzt die persönliche Freiheit nicht. Wenn die Kantonsverfassung die Verhaftung nur «gemäss den Gesetzen» zulässt, so wird damit nicht das gesamte Gesetzesrecht zum Verfassungsrecht: B. Ger. IX, 66; wenn daher behauptet wird, das Gesetzesrecht sei unrichtig angewendet worden, so ist das B. Ger. nicht zuständig, Willkür vorbehalten: B. Ger. VIII, 494; auch die Frage,

ob die Verhaftung mit ausreichenden Verdachtsgründen tatsächlich gerechtfertigt war, hat das B. Ger., unter gleichem Vorbehalt, nicht zu prüfen.

Verfassungsmässiger Richter: B. Ger. I, 333; II, 437; IV, 618; VII, 291; 733; 761, 281, 300; VIII, 26, 480; XI, 155; XIV, 71; XVII, 25; XVIII, 732; XIX, 726; IX, 63: Bewilligung von Auslieferungsbegehren; XI, 327: Pressvergehen; XXVI, 811: Disziplinargewalt des Kantonsgerichts über die Anwälte; XXIX, 61: Bernischer Kompetenzkonflikt. Vgl. auch oben Art. *58*.

Öffentlichkeit der Verhandlungen der Behörden: B. Ger. XXII, 1010; XXIX, 203; des Regierungsrates; Anzeige der Behandlung einer Streitsache.

Die **Unverletzlichkeit des Eigentums** richtet sich gegen den Staat, nicht gegen Private, wie das B. Ger. IV, 615; V, 48, entschied; daher kann sie nicht angerufen werden wegen unrichtiger Entscheidung eines Eigentumsstreites durch den Richter. B. Ger. III, 263; 689; V, 216; XVI, 716; sie gilt aber selbstverständlich auch für den Gesetzgeber; B. Ger. III, 516: Pflicht zu unentgeltlicher Abtretung zwecks Flusskorrektion; III, 284.

Dagegen garantiert die Verfassungsvorschrift das Eigentum nur mit demjenigen Inhalt, welchen das Gesetz ihm jeweilen gibt; dieser Inhalt kann daher abgeändert werden, sofern es nur durch Gesetz, d. h. durch eine allgemeingültige, von der gesetzgebenden oder der dazu ermächtigten vollziehenden Behörde ausgehende Norm geschieht[1]. B. Ger. III, 472: Notweg; 258: Forstgesetz; 686: Wirtschaftsgesetz; ebenso: VI, 111, und XV, 184; ferner: XVI, 704; XXII, 722; XXVI, 75: Wasserpolizeigesetz; XXVIII, 360: nur gesetzlich vorgesehene Expropriationsgründe. XXIX, 394: obligatorischer Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung; eine blosse Bauverordnung genügt nicht; VI, 597; XIII, 288; XVI, 526, ausser sie sei im Gesetze vorgesehen: XXX, 65; 337; 520.

Ausser den zuletzt zitierten betreffen *baupolizeiliche Einschränkungen* folgende Entscheidungen: B. Ger. II, 96, 104; X, 240: angeblich im Privatinteresse auferlegte Abtretungspflicht; XI, 121; 331: nachträgliche Veränderung des Strassenplanes; XVII, 59: Baulinien.

Feldregulierung: B. Ger. XXV, 263: willkürliche Abänderung des Einteilungsplanes. Auch allgemeingültige *polizeiliche Vorschriften* über den Gebrauch des Eigentums, Gewerbe etc. verletzen die verfassungsmässige Garantie nicht; B. Ger. VIII, 257: Weinlese; XXII, 43: Anwendung des Strassenpolizeigesetzes auf Privatstrassen; XXIX, 394: Anschluss an die öffentliche Wasserversorgung, vgl. XXVI, 75: Wasserpolizei. — Wie auch die Auferlegung öffentlichrechtlicher Beitragspflichten nach Massgabe des Grundbesitzes der Eigentumsgarantie nicht widerspricht: B. Ger. XI, 414; 12. Juli 1878 i. S. Gem. Finsterhennen; IV, 394: Mehrwertsbeiträge; ebenso: XI, 174, und XIV, 19; VIII, 252: Gebäudeversicherung. Vgl. auch XV, 555.

Öffentlicher Nutzen; das B. Ger. folgt dem Grundsatz, dass es nur zu untersuchen habe, ob ein Expropriationsgrund seiner Art nach als ein Grund des «öffentlichen Nutzens», des «öff. Wohls», des «Staatswohls» zu betrachten sei, z. B. Expropriation aus ästhetischen Gründen:

---

[1]) Ein Satz, welcher die Eigentumsgarantie dem Belieben des Gesetzgebers unterwirft und so allgemein nicht richtig ist.

B. Ger. XXIV, 296; XXVIII, 360; es untersucht aber nicht, ob die geltend gemachten Gründe tatsächlich vorhanden seien. Willkür vorbehalten: B. Ger. IV, 610; V, 211; XVI, 519, 533; XXIII, 467; XXIV, 227; 685; III, 86: Ausdehnung der Expropriation; XIV, 587: Eignung des expropriierten Bauplatzes zum Unternehmen.

Das B. Ger. dagegen schützt den Eigentümer gegen ein *gesetzwidriges Verfahren*: B. Ger. X, 504: kompetente Behörde zur Konstatation des öffentlichen Wohls; XI, 34, und XIV, 587; kompetente Behörde zum Expropriationsverfahren; XVI, 93: Verwaltungsbefehl an eine Gemeinde zur Abtretung eines Schiessplatzes; XX, 325: gegenüber einem Privaten; XXVIII, 181: Einverständnis der Expropriierten; XV, 742: Beeinträchtigung durch Schiessübungen; Verpflichtung zur Expropriation.

Verfügung der Korporation über *Korporationsgut:* B. Ger. I, 333; XVI, 99; XXI, 385. – Verwendung von *Kirchengut:* B. Ger. II, 89; V, 354; VI, 606, 609; XVI, 324; XVIII, 751; XXIII, 1543. Gemeindevermögen: III, 258. — Abgrenzung zwischen Privateigentum und öffentlichem Grund und Boden: B. Ger. III, 313: Seeufer; XXVII, 512: Umfang eines Wasserrechts.

Ungesetzliche Beschränkung im Verfügungsrecht: B. Ger. XIII, 455; Verkauf von Quellen ausser Landes; Weigerung der appenzellischen «kanzleiischen Verschreibung».

Verbot *unablösbarer Lasten:* B. Ger. XII, 447.

Wohlerworbene Rechte sind, mangels ausdrücklicher Vorschrift, gegen Aufhebung durch Rechtssatz nicht geschützt, wohl aber, in ausdehnender Auslegung der Eigentumsgarantie, gegen willkürliche Eingriffe der Staatsgewalt: B. Ger. XVI, 688; XXVIII, 181; der Fortbestand der Stiftungen ist nicht gewährleistet: IV, 605, 615; XVIII, 177: Aufhebung einer öffentlichen Stiftung; Aufhebung bestehender Wirtschaftsrechte: B. Ger. VI, 111; XV, 184, 555; Herabsetzung des Gültenzinsfusses: XXII, 1018. Vgl. betr. willkürliche Eingriffe: B. Ger. XVIII, 155: Kaution; XI, 318: Aufhebung der Solothurner Bank; XXIII, 1021: Freiburger Kantonalbank; XXIV, 467: Einführung von Anwaltspatentzwang; XI, 331: tatsächliche Benachteiligung anstossender Eigentümer durch Abänderung eines Strassenplanes. Vgl. ferner B. Ger. VI, 97; XIII, 437; ob wohlerworbene Rechte vorhanden seien, entscheidet der Richter: B. Ger. IV, 601. Vgl. auch Art. *4*, S. 91, und *110.*

Nulla poena sine lege. Fehlen jeder gesetzlichen Strafbestimmung: B. Ger. XV, 540; Strafbestimmungen können nur durch die kompetente Behörde aufgestellt werden: B. Ger. VI, 375; im Kt. Schwyz auch durch blosse Verordnung: VII, 297; der Grundsatz gilt auch für Polizeistrafrecht: XV, 312; das Strafgesetz kann den Tatbestand auch nur mit dem technischen Namen des Delikts bezeichnen: IX, 71; XV, 52; XVI, 84; XVII, 431; XVIII, 161; XIX, 113; die Strafbehörde darf aber den Verbrechensbegriff nicht analog anwenden oder willkürlich ausdehnen: XV, 214; XVI, 84; XVII, 64; XVIII, 161, 738; XXVII, 329: Vergehen gegen die «öffentliche Ordnung»; XX, 807: Absetzung von Beamten. Vgl. auch: I, 252; IV, 110: Anwendung eines fremden Strafgesetzes; VII, 667; VIII, 692; XVII, 597; XXVII, 322; XXIX, 209. Vgl. auch Art. *4*, S. 92.

Eine Anzahl Kantonsverfassungen schreiben die gleichmässige oder verhältnismässige **Besteuerung** oder die Erhebung einer **mässigen** Steuer vor: B. Ger. I, 21; 355: Bestrafung; II, 21; III, 318; IV, 621: mässige Kopf-

steuer; V, 62: Steuerprivileg; V, 219; X, 30: Besteuerung der Börsensensale; 167, 178: besonderes Steuersystem des Berner Jura; XIII, 21: «mässige» Patentgebühr nach dem Umfange des Geschäftsbetriebes; XXV, 490: Besteuerung der Genossenschaftsdividende als Einkommen; X, 342; XXII, 11, und XXVII, 433: Besteuerung der «Kantonseinwohner».

Der **Grundsatz der Gewaltentrennung,** auch wenn er nicht ausdrücklich, sondern nur implicite anerkannt ist, begründet ein Beschwerderecht: B. Ger. V, 344; VII, 500; VIII, 242; XV, 177. Die Anerkennung des Grundsatzes in der Kantonsverfassung hat aber in der Regel nur den Sinn einer subjektiven, nicht einer objektiven Teilung; m. a. W., sie verbietet, dass die vollziehende Behörde in die Kompetenzen der richterlichen oder der gesetzgebenden übergreife etc.; sie gibt aber nicht an, welches die Kompetenzen jeder dieser Behörden sein sollen, behält dies vielmehr dem Gesetzgeber vor: B. Ger. IX, 248.

Am häufigsten sind die Beschwerden wegen *Übergriffs der vollziehenden Gewalt in die richterliche;* die Abschneidung des Rechtsweges betreffen: B. Ger. II, 83; IV, 275: Eigentumsstreit; VII, 283: Kompetenzentscheidung des graubünd. Kleinen Rates; XIV, 575: Existenz einer Walddienstbarkeit; XXIII, 999: Vollstreckung einer Busse im Verwaltungswege; Sequester; 1508: Vollstreckung einer nicht liquiden Vereinbarung; 1510: Entsch. über Aushingabe einer Gült gegen Bezahlung; XXVII, 208: Aufsicht über Fabrikkrankenkassen. — Anordnung vorsorglicher Massregeln: XI, 302. Das *Bevormundungsverfahren* betreffen: II, 445; XVII, 607: vorsorgliche Verfügung. — Entscheidung von *Administrativstreitigkeiten:* B. Ger. VI, 426, und XVII, 425: Entscheidung über öff. Lasten in Bern; VII, 634: Nachsteuern und Steuerbussen; VIII, 756: Entsumpfungsbeiträge; IX, 489: Zwangsabtretungspflicht; VII, 500; X, 231; XI, 149; 295; 308. — Einsprache gegen Baubewilligung: XX, 780; Streitigkeiten zwischen paritätischen thurg. Kirchgemeinden: XXV, 250; Kompetenzkonflikte nach Berner Recht: XXIX, 61. — Aufhebung gerichtlicher Urteile durch die Aufsichtsbehörde: VI, 230; VIII, 247. — Strafuntersuchung durch den Reg.-Rat: X, 72.

Übergriff *der richterlichen Gewalt in die vollziehende:* B. Ger. XVII, 433; XXIV, 560.

Ein *Übergriff der vollziehenden Gewalt in die gesetzgebende* liegt namentlich vor, wenn die vollziehende Behörde ohne besondere Bevollmächtigung Rechtssätze aufstellt: B. Ger. III, 679: über Steuerpflicht; VIII, 71, und XI, 484: Konzessionspflicht eines Gewerbes; XI, 467 und 471: Verordnungsrecht des bernischen Reg.-Rates; bei Notlage: XXIII, 1497; XV, 715: Jagdpatenttaxe; XXII, 1002: Strafbestimmungen; XXVII, 294; XXIII, 1554: Kreisschreiben eines Departements. Vgl. IV, 576; VII, 745; XVII, 49; 58. — Anwendung des Gesetzes vor Inkrafttreten: B. Ger. VII, 314; Wiederauflebenlassen einer aufgehobenen Bestimmung nach Wegfall des Aufhebungsgrundes: XV, 162, 170; Berichtigung des Gesetzestextes: III, 697. Vgl. ferner: Bestimmung des öffentlichen Gutes: B. Ger. XVIII, 128; XIX, 648; Entzug des Anwaltpatentes: XVIII, 485; Naturalisation durch *Gemeinde:* XV, 722; XII, 86; XVII, 597; XIX, 119.

Ein *Übergriff der richterlichen in die gesetzgebende Gewalt* wurde angenommen: B. Ger. IV, 378: eigenmächtige Weglassung der religiösen Worte in der Eidesformel, und XIV, 580: Steuerdekret eines bündnerischen Kreisgerichts; vgl. XXVI, 401: Weisungen des Kantonsgerichts-

an die untern Gerichte. *Unverantwortlichkeit* der Mitglieder der gesetzgebenden Behörde: B. Ger. X, 516; XVIII, 744.

Selbstverständlich liegt kein Übergriff in die gesetzgebende Gewalt darin, dass eine Gerichts- oder Verwaltungsbehörde ein Gesetz unrichtig anwendet: B. Ger. IX, 177, 410; XXIX, 161.

Übergriffe der gesetzgebenden Behörde in die Rechte des Volkes; Umgehung des *Gesetzesreferendums:* B. Ger. II, 239: Kantonseinteilung; XVI, 52, 64; XXV, 85; XXVI, 474; XXIX, 44: Steuer oder Gebühr; XVIII, 492: Veräusserung von Staatsgut; XXIII, 92: Verwaltungsstreitigkeit; 995: Kompetenzkonflikt. — Auftrag seitens der Landsgemeinde: XII, 453, 573. — Befugnis des Grossen Rates, die Gesetzgebung durch Gesetz an die Gemeinden zu delegieren: XXX, 65. Da das bernische Referendum bloss auf Gesetz beruht, kann wegen Missachtung desselben nicht rekurriert werden: XI, 281.

Umgehung des Finanzreferendums: B. Ger. II, 475 (Neuenburg); XVIII, 479 (Zürich); XXV, 234 (Genf); 469 (Bern).

Die *authentische Auslegung* hat mangels besonderer Bestimmung im Wege der Gesetzgebung zu geschehen: B. Ger. XVI, 674; II, 112; vgl. VIII, 748; XI, 143.

Unregelmässiges Gesetzgebungsverfahren: B. Ger. II, 112; III, 697; XXIX, 50. Verfassungswidriger Inhalt eines Gesetzes: B. Ger. III, 104; eines Volksbeschlusses: XXX, 329.

Gesetzesinitiative: B. Ger. XXV, 71 (Basel).

Betr. *Übergriffe der gesetzgebenden Behörde in die Befugnisse der vollziehenden;* vgl. B. Ger. IV, 612; VII, 730; X, 499.

Vgl. auch die vom B. R. entschiedenen Fälle betr. das *Referendums- und Initiativverfahren: Salis,* III, Nr. 1130, 1215; 1217; 1232; 1233; ferner B. R. B. vom 11. Okt. 1904 i. S. Duaime (B. Bl. 1904, V, 22) und 5. Juli 1904 i. S. Hofacher (1904, V, 668).

Gemeindeautonomie. *Einteilung des Kantonsgebietes* in Gemeinden und Bezirke: B. Ger. II, 239; XIV, 217; XVII, 619: betr. Besteuerung; Errichtung neuer (israelitischer) Gemeinden: IV, 88; Aufhebung einer Kirchgemeinde: I, 338: jeder Kirchgenosse von Buochs oder Ennetbürgen hat ein verfassungsmässiges Recht auf den Bestand der einheitlichen Pfarrgemeinde Buochs-Ennetbürgen, weil sie verfassungsmässig vorgesehen ist. Vereinigung von Gemeinden ohne ihre Zustimmung: I, 319; II, 239; XVII, 628 (Zürich); XXVII, 328 (Solothurn); Abtrennung einer selbständigen Einwohnergemeinde: III, 94.

Organisation der Gemeinde: B. Ger. III, 510; durch Reg.-Rat kraft Ermächtigung; XV, 203: Zwangseinbürgerung; vgl. VII, 745; II, 458: Bestimmung des Versammlungsortes; III, 504: Wahl der Lehrer; XI, 474: Schulzwang für kommunale Fortbildungsschulen; XXVIII, 362: Baupolizei.

Verwaltung des Gemeindevermögens: B. Ger. I, 333; VI, 606; XI, 474; XV, 177; XVI, 324; XXVI, 259; II, 247: Verteilung des Gemeindenutzens.

Steuerrecht der Gemeinde: B. Ger. VIII, 760; XXII, 717; XXIII, 1566; XXVII, 216. Auferlegung gesetzwidriger Lasten seitens des Kantons: III, 104: Kultus; XXI, 1008: Beitragspflicht an Eisenbahnbau.

Aufsichtsrecht des Reg.-Rates: B. Ger. III, 699; VII, 319. Bevormundung: XX, 807; XXX, 77. Autonomie der schwyzerischen *Bezirke:* B. Ger. XXI, 998. Selbständigkeit der urnerischen *Ersparniskasse:* XIX, 719.

In allen diesen Fällen legt das B. Ger. die Kantonsverfassung selbständig aus; es geht aber nicht ohne gewichtige Gründe von der Auffassung der kantonalen Behörden ab: B. Ger. VII, 319; XII, 92.

D. Beschwerden wegen Verletzung von Konkordaten und Staatsverträgen.

Das Wort *Private* deutet an, dass auswärtige Regierungen ihre Beschwerden über Verletzung von Staatsverträgen durch die Kantone oder die Schweiz an den B. R. zu richten haben.

Der leitende Gedanke der Bestimmung ist nun, dass Beschwerden über Verletzung von Konkordaten oder Staatsverträgen durch das B. Ger. und nicht durch die politischen Behörden, wie früher, beurteilt werden; dass alle Vertragsbestimmungen Grundlage eines Rekurses sein können, oder dass der Rekurs der staatsrechtliche sein müsse, will die Verfassung nicht sagen. Die Kompetenz, solche Beschwerden zu beurteilen, wurde in Art. 113 aufgenommen, nicht weil sie staatsrechtlicher Natur, sondern weil sie, wie die anderen der gleichen Bestimmung, neu war. Eine Forderung der Verfassung ist es daher nicht, dass wegen Verletzung der Regeln des französisch-schweizerischen Gerichtsstandsvertrages vom 15. Juni 1869 über den Gerichtsstand des Arrestes ein Rekurs an das B. Ger. zulässig sei, trotzdem Art. 279 des Betreibungsgesetzes bei Arresten inner Landes keinen vorsieht, wie das B. Ger. am 4. Mai 1892 i. S. Villermont, XVIII, 762, entschied. Und ebensowenig ist es verfassungswidrig, dass wegen Verletzung zivilrechtlicher Bestimmungen von Staatsverträgen nur diejenigen Rechtsmittel an das B. Ger. zulässig erklärt werden, welche gegenüber Verletzungen zivilrechtlicher Bestimmungen der B. Ges. vorgesehen sind. Das B. Ger. hat entgegen der früheren Praxis in diesem Sinn entschieden am 1. Mai 1901 i. S. Müller & Cie., XXVII, 193. Vgl. XXVI, 515; XXVII, 518[1]).

Bezüglich der *Konkordate* hat das B. Ger. entschieden, dass Art. 113, 3°, nur die interkantonale Anwendung der Konkordate, nicht die Anwendung als internes kantonales Gesetz im Auge habe.

Das B. Ger. hat, m. E. mit Unrecht, mit auswärtigen Regierungen ausgetauschte *Deklarationen des B. R.* den Staatsverträgen in einem Urteil vom 5. Sept. 1884 i. S. Rigaud, X, 347, vgl. XXVI, II, 648, nicht gleichgestellt. Vgl. oben Art. *85*, S. 742. Es entschied dagegen mit Recht, dass der Rekurrent sich nicht auf «völkerrechtliche Grundsätze» berufen könne; B. Ger. XI, 413; er kann dies deshalb nicht, weil die «völkerrechtlichen Grundsätze» nur die Rechtsverhältnisse unter den Staaten als solchen normieren, während die Staatsverträge zugleich auch Landesrecht schaffen.

E. Administrativstreitigkeiten.

S. oben Art. *85*, S. 761, *102*, S. 798. Art. 189 des O. G.

---

[1]) Da das O. G. kein zivilprozessualisches Rechtsmittel vorsieht für Verletzung von zivilrechtlichen Bestimmungen der Konkordate, so bleibt hier der staatsrechtliche Rekurs allein anwendbar; Art. 175 O. G. Verfassungsrechtlich notwendig ist dies aber auch nicht.

F. Verbindlichkeit der Bundesgesetze.

Im Gegensatz zu dem in der N. A. Union geltenden Grundsatz [1]) erklärt die B. V. die Bundesgesetze und allgemein verbindlichen B. B. für das B. Ger. verbindlich; B. Ger. XX, 744; XXIX, 436. Das O. G., Art. 175, hat ihnen in Bestätigung der Praxis des B. Ger. die Staatsverträge gleichgestellt. Vgl. B. Ger. XXVI, 484; XXVII, 224. B. r. Verordnungen dagegen kann das B. Ger. auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung und dem Gesetz prüfen [2]). Der Grundsatz gilt übrigens nicht nur in den Fällen des Art. 113, sondern für die ganze Rechtsprechung des B. Ger., wie die Entstehungsgeschichte der Vorschrift bestätigt [3]).

Art. 114.

Es bleibt der Bundesgesetzgebung überlassen, ausser den in den Artikeln 110, 112 und 113 bezeichneten Gegenständen auch noch andere Fälle in die Kompetenz des Bundesgerichts zu legen, insbesondere die Befugnisse festzustellen, welche ihm nach Erlassung der in Art. 64 vorgesehenen eidgenössischen Gesetze behufs einheitlicher Anwendung derselben zu übertragen sind.

I. Geschichte.

Bei Art. 112 wurde schon erwähnt, dass in der *Revisionskommission von 1848* bei der Beratung über die strafrechtlichen Kompetenzen des B. Ger. der Antrag gestellt und genehmigt wurde, dass das B. Ger. ferner über alle Fälle zu urteilen habe, welche ihm durch ein Gesetz übertragen werden. Die Bestimmung lautete im Entwurf der Kommission: Art. 101: «Es bleibt der Bundesgesetzgebung überlassen, ausser den in den Artikeln 97 und 100 bezeichneten Gegenständen auch noch andere Fälle in die Kompetenz des B. Ger. zu legen [4]).»

In der Tagsatzung beantragten *Graubünden* und *Appenzell A.-Rh.*, unterstützt von einigen andern, diesen Artikel zu streichen, da man nicht Gefahr laufen wolle, dass auf dem Wege der Bundesgesetzgebung noch beliebig andere Gegenstände den Kantonalgerichten entzogen werden.

---

[1]) Vgl. *G. Vogt,* Die Organisation der Bundesrechtspflege in den V. St. von Amerika, Zeitschrift, IX, 1890, 566; *Rüttimann,* I, §§ 288—290; *Blumer-Morel,* I, S. 211; *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 138; *Dubs,* II, 92; *Adams,* 295; *Westerkamp,* Staatenbund und Bundesstaat, 350.

[2]) *Salis,* II, S. 7, Note 1, und Bericht des eidg. Justizdepartements vom 22. April 1898. *Salis,* III, Nr. 1247. Das B. Ger. hat die Frage m. W. nie ausdrücklich entschieden. Vgl. indessen B. Ger. XIII, 382.

[3]) *Schollenberger,* Kommentar, S. 563. *Salis,* I, Nr. 241. B. Ger. II, 103.

[4]) Prot. der Revisionskommission, S. 141, 160, 184.

Genf beantragte darauf: «Outre les cas mentionnés aux art. 97 et 101 la législation peut placer d'autres affaires *du ressort de la Confédération* dans la compétence du tribunal fédéral.» Beide Anträge wurden aber abgelehnt. Die Bestimmung ging als Art. 106 mit der einzigen Änderung in die B. V. von 1848 über, dass auf die Art. 101, 104 und 105 verwiesen wurde[1]).

In der N. R. K. von 1871 beantragte *Kaiser,* in Anlehnung an die nordamerikanische Verfassung und mit Rücksicht auf die Vereinheitlichung des Rechts, folgendes 2. Alinea: «Der Bundesgesetzgebung bleibt vorbehalten, Vorschriften über die Bundesgerichtsbarkeit in erster Instanz aufzustellen. Dieselbe kann für alle oder einzelne Fälle den kantonalen Gerichten übertragen werden.» Der Antrag wurde abgelehnt[2]). Die Kommission beantragte aber später im N. R., eine Kassationsbeschwerde an das B. Ger. wegen Verletzungen von B. Ges. durch die letztinstanzlichen kantonalen Gerichte vorzusehen; ähnliches schlug B. R. *Dubs* vor, während *Kaiser* den Gesetzgeber ermächtigen wollte, Vorschriften zu erlassen: *a.* über die Aufstellung der ersten und Appellationsinstanz, welche an die kantonalen Behörden delegiert werden kann; *b.* über das Verfahren bei Rechtsstreitigkeiten, die nach B. Ges. entschieden werden müssen. Im N. R. wurde namentlich diskutiert, ob das B. Ger. nach Antrag der Kommission Kassationsinstanz oder Appellationsinstanz sein solle. Schliesslich wurde beschlossen: «Das B. Ger. entscheidet als Zivil- und Strafkassationshof über Beschwerden wegen Verletzung oder unrichtiger Anwendung von eidg. Gesetzen oder Staatsverträgen oder Konkordaten durch letztinstanzlich erlassene Urteile. — Das Gesetz bestimmt die Fälle, in denen die Kassation zulässig ist, die Befugnisse des Kassationsgerichtes, sowie das zu beobachtende Verfahren.» Der St. R. wollte diese Bestimmung streichen, um nicht zu viele Instanzen zu schaffen und nicht von vornherein die Kassation vorzuschreiben; auch ein Antrag *Kappeler* wurde abgelehnt, welcher vorderhand nur in Zivilsachen bei bedeutendem Streitwert die Berufung ans B. Ger., aber unter Beschränkung der Instanzen auf zwei gestatten, wollte; dagegen wurde Art. 106 nach Antrag *Ringier* und *Blumer* durch den heutigen Schlusssatz vervollständigt. Darauf einigten sich die beiden Räte[3]).

1873 stellte *Dubs* im N. R. den Antrag: «Das B. Ger. hat die Funktionen eines Kassationsgerichts gemäss den hierfür durch die Bundesgesetzgebung aufzustellenden Bestimmungen behufs einheitlicher Anwendung der Rechtsgesetzgebung des Bundes.» Nach der Bestimmung des Entwurfes könnte man der Autorität des B. Ger. auf dem Wege der Gesetzgebung alles mögliche übertragen und den Grundsatz des Art. 55 (64 von heute) wieder aufheben, wonach die Rechtsprechung den Kantonen verbleibe; es sei daher deutlich auszusprechen, dass das B. Ger. nur Kassationshof sein solle. *Dagegen* wurde bemerkt, es würde einen irrtümlichen Eindruck machen, wenn man den ersten Teil der Bestimmung, der schon in der Verfassung von 1848 gestanden, aufheben wollte, und was den 2. Teil anbelange, so bezwecke er, dass mit dem Recht

---

[1]) Abschiede 1847, IV. S. 156, 280.
[2]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 177—178.
[3]) Prot. des N. R. 1872, S. 484—486, 495—497, 570, 583, 586; 505. Prot. des St. R. vom 21. und 28. Febr. 1872. *Bulletin,* 484 ff., 543 ff.

auch die Rechtsprechung eine einheitliche werde, er lasse aber dem Gesetzgeber in der Realisierung dieses Gedankens eine gewisse Freiheit, indem das Rechtsmittel der Kassation nicht vorgeschrieben werde. Der Kommissionsentwurf wurde darauf bestätigt.

Der St. R. lehnte einen Antrag auf Streichung des 1. Teils der Bestimmung ab, und ebenso zwei Anträge, welche auf Einführung der Kassation gingen [1]).

II. Auslegung.

Art. 114 verleiht dem Bunde gegenüber den Kantonen nur insofern neue Kompetenzen, als er ausser Zweifel setzt, dass dem B. Ger. ausser den in den Art. 110, 112 und 113 erwähnten auch diejenigen Kompetenzen übertragen werden dürfen, die zur einheitlichen Rechtsprechung im Gebiete des eidg. Rechts notwendig sind, während in der Regel, nämlich für das in Art. 64 und 64 bis erwähnte Rechtsgebiet, die Rechtsprechung den Kantonen vorbehalten ist. In den anderen Rechtsgebieten kann die Rechtsprechung dem B. Ger. ganz übertragen werden, wenn die Vollziehung der Bundesgesetze nicht verfassungsrechtlich den Kantonen vorbehalten ist. Der Bund kann sich aber nicht auf Art. 114 berufen zur Begründung einer *gesetzgeberischen* Kompetenz, die er nicht kraft anderweitiger Bestimmung schon hat, wie es beim Erlass der Novelle zum B. St. R. vom 12. April 1894 betr. die Verbrechen gegen die öffentliche Sicherheit geschah; Botschaft des B. R. vom 18. Dez. 1893 (B. Bl. 1893, V, 762); St. B. III, 412, Votum *Lienhard;* denn sonst wäre die Gesetzgebungskompetenz des Bundes unbeschränkt.

Auf dem Gebiete des *Zivilrechts* hat das O. G. vom 22. März 1893 (Art. 50) das B. Ger. als erste und letzte Instanz berufen, über eine Anzahl Streitigkeiten [2]) auf Grund von Spezialgesetzen zu entscheiden.

Art. 55 enthält die Fälle, wo das B. Ger. als Beschwerdeinstanz entscheidet gegenüber Entscheidungen und Verfügungen eidg. Behörden, nämlich der eidg. Schatzungskommission in Expropriationssachen und des Masseverwalters einer in Zwangsliquidation befindlichen Eisenbahn.

Art. 56 gestattet die *Berufung* [3]) an das B. Ger. gegen kantonale Urteile über Zivilstreitigkeiten, die nach eidg. Gesetzen zu beurteilen sind. In Übereinstimmung mit dem Schlusssatz von Art. 114 verbunden mit dem letzten Absatz von Art. 64, gestattet das O. G. mit der Berufung nur, eine Rechtsverletzung geltend zu machen [4]). Das Rechtsinstitut der Berufung wirkt allerdings in verschiedener Weise auf den kantonal

---

[1]) Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 204—207, 366.

[2]) Es sind noch anzufügen: B. Ges. über die Wasserbaupolizei im Hochgebirge vom 22. Juni 1877, Art. 11 u. 12; B. Ges. betr. die elektrischen Schwach- und Starkstromanlagen vom 24. Juni 1902, Art. 11, 54, sofern solche Streitigkeiten als zivilrechtliche zu betrachten sind. Vgl. oben S. 835 u. 855.

[3]) Vgl. *Reichel,* Kommentar des O. G., S. 55. *Hafner,* Das Rechtsmittel der Anrufung des B. Ger. in Zivilstreitigkeiten, Zeitschrift, III, 1881, 153 u. 485. Motive zum Org.-Gesetz, S. 72. Kommentar des O. R., Einleitung, S. XXV. Referate im schweiz. Juristenverein von *Speiser* und *Martin* i. J. 1882, S. 23 ff. u. 40 f.; ferner die Referate von *Martin* und *Winkler* i. J. 1889, Zeitschrift VIII, 1889, 503 ff., 640 ff. *Stooss,* in Zeitschr. des bernischen Juristenvereins, XIX, 433 ff. *Blumer-Morel,* III, 153 ff.

[4]) Dass das B. Ger. nicht nur das kantonale Urteil kassiere, sondern es durch ein neues ersetze, geht nicht über die Grenzen der Bundeskompetenz hinaus, wie *Speiser,* a. a. O., S. 25, anzunehmen scheint.

gebliebenen Prozess zurück, wie die Art. 63 ff. des O. G. zeigen. Die *Kassation* ist nach Art. 89 möglich bei Rechtsstreitigkeiten, die den zur Berufung notwendigen Streitwert von Fr. 2000 nicht erreichen, wenn das kantonale Gericht statt das eidg. kantonales oder ausländisches Recht zur Anwendung gebracht hat.

Und endlich sieht Art. 86 eine besondere Beschwerde wegen Rechtsverletzung vor gegen letztinstanzliche Entscheide kantonaler Gerichtsbehörden betr. Aufruf oder Kraftloserklärung (Amortisation) von Wechseln, Schecks, wechselähnlichen oder indossabeln Ordrepapieren oder Inhaberpapieren.

Auf dem Gebiete des *Strafrechts*[1]) hat das O. G. von 1893, Art. 125, dem *Bundesstrafgericht* die Beurteilung der Vergehen gegen das B. St. R., mit Ausnahme der in Art. 112 B. V. erwähnten, und gegen die B. Ges. betr. die Werbung und den Eintritt in den fremden Kriegsdienst vom 30. Juli 1859 und betr. die Ausgabe und die Einlösung von Banknoten vom 8. März 1881 übertragen, unter Vorbehalt der Befugnis des B. R., die Untersuchung und Beurteilung solcher Straffälle an die kantonalen Behörden zu weisen. Umgekehrt kann der B. R. dem Bundesstrafgericht die Beurteilung von Übertretungen der Fiskalgesetze des Bundes zuweisen, welche in der Regel durch die kantonalen Gerichte beurteilt werden. Ferner kann nach Art. 145, 160 und 163 beim Strafkassationshof des B. Ger. wegen Verletzung einer eidg. Rechtsvorschrift die Nichtigkeitsbeschwerde erhoben werden gegen Urteile kantonaler Gerichte, die in Anwendung eidg. Strafgesetze ergangen sind, sowie gegen die Beschlüsse kantonaler Überweisungsbehörden, welche einer Untersuchung keine weitere Folge geben wollen.

Nach dem Erlass des in Art. 64[bis] vorgesehenen Bundesstrafgesetzes wird die Kompetenz des Kassationshofes auch auf dieses Gebiet ausgedehnt werden müssen.

Die Frage, ob das B. Ger. u. U. auch zur Beurteilung von Vergehen, die nach kantonalem Strafgesetz zu beurteilen sind, zuständig erklärt werden könne, wurde erörtert, als der bei Art. 112, S. 842, erwähnte Stabioartikel erlassen werden sollte. Der B. R. glaubte die Kompetenz des Bundes dazu aus Art. 114 ableiten zu können, Botschaft vom 13. Jan. 1882 (B. Bl. 1882, I, 125; vgl. 1883, I, 42—43, 45), während die Minderheit der St. R. K. in ihrem Bericht vom 14. Dez. 1882 (B. Bl. 1882, IV, 640) die kantonale Rechtsprechung zu gunsten der eidg. nur glaubte ausschliessen zu können bei Verbrechen und Vergehen, durch welche eine eidg. Intervention veranlasst worden sei. Letzteres scheint mir allein richtig. Wenn der Bund in einem Kanton interveniert, so kann er kraft Interventionsrechtes die kantonale Justizgewalt wie die Regierungsgewalt suspendieren und für diesen Fall könnte allerdings das B. Ger. zuständig erklärt werden[2]).

Eine andere Einschränkung der kantonalen Strafjustiz zu gunsten der eidgenössischen findet statt, wenn Mitglieder der B. Vers., des B. R., der Kanzler der Eidgenossenschaft und eidg. Repräsentanten oder Kommissarien wegen Verbrechen oder Vergehen, die sich nicht auf ihre

---

[1]) *Reichel*, Kommentar des O. G., S. 110 ff.

[2]) Vgl. auch die Botschaft des B. R. vom 24. April 1867 betr. die Motion Häberlin, B Bl. 1867, I. 890—1891.

amtliche Stellung beziehen, verfolgt werden, oder wenn Verbrechen gegen diese Personen, sowie gegen Mitglieder des B. Ger. oder der Jury, gegen Bundesanwälte und Verhörrichter verübt werden. Art. 1 und 4 des Garantiengesetzes vom 23. Dez. 1851; vgl. auch Art. 14 des Verantwortlichkeitsgesetzes vom 9. Dez. 1850.

Endlich sei die Bestimmung des Art. 106 O. G. erwähnt, wonach das B. Ger. verpflichtet ist, auch andere Straffälle zu beurteilen, wenn deren Beurteilung durch die Verfassung oder Gesetzgebung eines Kantons ihm zugewiesen wird und die B. Vers. hierzu ihre Zustimmung erteilt; eine Bestimmung, die freundeidgenössischer Gesinnung entsprungen sein mag, die aber, wie *Blumer-Morel,* III, S. 209 bemerkt, in der B. V. selbst nirgends vorgesehen ist.

Staatsrechtliche Streitigkeiten können m. E. dem B. Ger. auf Kosten der kantonalen Behörden keine anderen übertragen werden, als die in Art. 113 vorgesehenen.

V. Verschiedene Bestimmungen.

Art. 115.

Alles, was sich auf den Sitz der Bundesbehörden bezieht, ist Gegenstand der Bundesgesetzgebung.

Die Entwürfe von 1832 und 1833 bestimmten Luzern als Bundesstadt unter eingehender Anführung der damit verbundenen Pflichten. In der Revisionskommission von 1848 wurde beantragt, die Bestimmung des Bundessitzes der Gesetzgebung zu überlassen, damit ein Wechsel desselben ohne Verfassungsrevision möglich sei; es sei damit nicht gemeint, es müssten alle Bundesbehörden, somit auch das B. Ger., an einem und demselben Orte ihre Residenz aufschlagen [1]).

Diese Ansicht wurde auch in der Tagsatzung bestätigt, welche einen Antrag *Uri,* es möchte in bisheriger Weise unter verschiedenen Orten ein periodischer Wechsel stattfinden, ablehnte. In 2. Beratung wurde die Bestimmung in heutiger Fassung als Art. 108 angenommen [2]). Sie blieb seither unverändert.

Nach Annahme der B. V. von 1848 bestimmte die B. Vers. zuerst durch B. B. vom 27. November 1848 (A. S. I, 47) die Leistungen desjenigen Ortes, welches zum Sitze der B. Vers., des B. R. und des B. Ger. gewählt würde, und bezeichnete darauf mit Beschluss vom 28. Nov. 1848 (A. S. I, 48) die Stadt *Bern* als Bundessitz. Über die zeitweise Verlegung des Bundessitzes wegen öffentlicher Unruhen vgl. Art. 9 u. 10 des B. Ges. über die politischen und polizeilichen Garantien zu gunsten der Eidgenossenschaft vom 23. Dez. 1851 (A. S. III, 33). — Als das B. Ger. zu

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 142, 184, 204. *Blumer-Morel,* III, 217.
[2]) Absch. 1847, IV, S. 156, 280.

einer ständigen Behörde geworden war, wurde mit B. B. vom 26. Juni 1874 (A. S. I, 134) *Lausanne* als sein Amtssitz bezeichnet.

Auf den Sitz anderer Bundesbehörden als die in der Verfassung selbst genannten bezieht sich Art. 115 B. V. nicht[1]).

Art. 116.

Die drei Hauptsprachen der Schweiz, die deutsche, französische und italienische, sind Nationalsprachen des Bundes.

Die Bestimmung wurde in der Tagsatzung von 1848 in zweiter Beratung aufgestellt[2]).

Art. 116 hat zunächst die Bedeutung, dass jeder einzelne Bürger sich im Verkehr mit eidg. Behörden irgend einer der drei Nationalsprachen bedienen darf. Er hat dieses Recht wohl auch gegenüber kantonalen Behörden, wenn sie in Vollziehung von B. Ges. tätig werden; der B. R. entschied sich für diese Auslegung, indem er das in Genf übliche Verfahren, für die Übersetzung auswärtiger, in einer andern als der französischen Sprache redigierter Zivilstandsakten eine Übersetzungsgebühr zu verlangen, als dem Art. 116 B. V. widersprechend erklärte (B. Bl. 1889, II, 732; *Salis*, IV, Nr. 1487).

Ferner sollen sich die Mitglieder wenigstens der politischen Behörden in den Verhandlungen in einer der drei Landessprachen ausdrücken dürfen, was allerdings auch nach sich zieht, dass für Übersetzung gesorgt werde. Das Geschäftsreglement des N. R. vom 5. Juni 1903 enthält bloss die Vorschrift, dass der Protokollführer in Verbindung mit dem Übersetzer für die Übersetzungen der Mitteilungen, Erklärungen und Vorschläge des Präsidenten und der Anträge der Kommissionen, Referenten und übrigen Votanten zu sorgen hat (Art. 22, Abs. 2); das Geschäftsreglement des St. R. vom 27. März 1903 bestimmt in Art. 29: «Alle in einer der drei Nationalsprachen gestellten Anträge werden der Versammlung in deutscher und französischer Sprache mitgeteilt.» Die Reden werden übungsgemäss nicht übersetzt.

Endlich schreibt Art. 116 vor, dass alle drei Nationalsprachen auf gleiche Linie zu stellen sind, wenn sich die eidg. Behörden an die Gesamtheit der Schweizerbürger oder an einzelne derselben wenden; Erlasse der ersten Art sind in allen drei Nationalsprachen bekannt zu machen.

Die amtliche Sammlung der Gesetze und Verordnungen wird gemäss Art. 35 des B. Ges. über den Geschäftsverkehr der eidg. Räte vom 9. Okt. 1902 in deutscher, französischer und italienischer Sprache möglichst gleichzeitig, die Sammlung der auf das schweizerische Eisenbahnwesen bezüglichen amtlichen Aktenstücke in deutscher und französischer

---

[1]) Über die Bestimmung des Sitzes der Bundesbank s. *Salis*, I, Nr. 166.

[2]) Absch. 1847, IV, S. 280–281.

Sprache herausgegeben. Richtigerweise sollten die allgemein verbindlichen Beschlüsse der B. Vers. auch in allen drei Nationalsprachen beschlossen werden; bezüglich der italienischen findet dies aber nur ausnahmsweise statt, z. B. beim O. R., beim Betreibungsgesetz und wohl auch beim Zivilgesetzbuch, so dass in der Regel der italienische Gesetzestext nicht als Originaltext gelten kann, wie vor 1874 die Gesetze häufig nur im deutschen Text beschlossen wurden [1]). Nach einem B. R. B. vom 19. Febr. 1904 sollen die Entwürfe sämtlicher Erlasse, welche zur Veröffentlichung in der eidg. Gesetzessammlung bestimmt sind, dem B. R. von den Departementen womöglich in allen drei Landessprachen, mindestens aber in den zwei Hauptlandessprachen vorgelegt werden. — Behufs Übersetzung ins Italienische sind die betr. Entwürfe möglichst frühzeitig, jedenfalls vor ihrer Genehmigung durch den B. R., der Bundeskanzlei zuzustellen.

Demnach sollte es nicht mehr vorkommen, dass die Referendumsfrist für den italienisch sprechenden Landesteil infolge der Verzögerung der Übersetzung verkürzt wird. Bericht des B. R. betr. den Druck der Entwürfe zu B. Ges. und B. B. in italienischer Sprache, vom 20. Aug. 1875 (B. Bl. 1875, IV, 181, vgl. 376; 1876, II, 313; *Salis*, II, Nr. 350, Note 2) [2]).

Nach Art. XII des Reglements für das B. Ger. vom 7. Sept. 1893 soll jedes Urteil in derjenigen der drei Nationalsprachen verfasst werden, in welcher die angefochtene Entscheidung oder Verfügung verfasst ist. Bei Streitigkeiten, welche das B. Ger. als erste und letzte Instanz zu beurteilen hat, geschieht die Abfassung des Urteils in derjenigen Sprache, welcher die Parteien angehören. Gehören sie verschiedenen Sprachen an, so erfolgt die Abfassung des Urteils in der Regel in der Sprache des Beklagten. Vgl. Art. 103, Abs. 2, des O. G.

Art. 117.

Die Beamten der Eidgenossenschaft sind für ihre Geschäftsführung verantwortlich. Ein Bundesgesetz wird diese Verantwortlichkeit näher bestimmen.

Die Art. 85 des Entwurfs von 1832 und 81 desjenigen von 1833 erklärten bloss die Mitglieder des B. R. verantwortlich. Die Revisionskommission von 1848 bestätigte diesen Grundsatz und die Tagsatzung

---

[1]) *Salis*, II, Nr. 350, Note 2. Vgl. Art. 12 des Geschäftsverkehrgesetzes und oben Art. *85, Ziff. 2*, S. 737. Bei der Beratung des B. Ges. betr. elektrische Anlagen vom 24. Juni 1902 beschloss der N. R., dass nach Fertigberatung des Gesetzes noch eine genaue Prüfung des französischen Textes erfolgen solle, ohne erneute Vorlage an den Rat. St. B, X, 1900, 656.

[2]) Die Protokolle der Räte werden in deutscher und französischer Sprache abgefasst. Geschäftsreglement des N. R., Art. 23. Das Bundesblatt, welches mitunter auch allgemein verbindliche Erlasse des B. R. enthält, erscheint nur in deutscher und französischer Sprache. Die wichtigeren und juristisch interessanten Aktenstücke werden aber in der tessinischen, vom Bunde unterstützten Zeitschrift Repertorio di Giurisprudenza Patria veröffentlicht.

dehnte ihn auf alle Bundesbeamten aus[1]. Art. 110 der B. V. von 1848 lautete wie heute Art. 117.

Art. 117 bezieht sich sowohl auf die Verantwortlichkeit der Beamten der Eidgenossenschaft als Dritten gegenüber; auf die zivilrechtliche wie auf die strafrechtliche Verantwortlichkeit. In diesem Sinn ist der Grundsatz durch das B. Ges. über die Verantwortlichkeit der eidg. Behörden und Beamten vom 9. Dez. 1849 (A. S. II, 149) ausgeführt worden[2].

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 186, 159, 183. Absch. 1847, IV, S. 140—141; 281.
[2]) Vgl. *Blumer-Morel,* III, 224.

Dritter Abschnitt.

Revision der Bundesverfassung.

Art. 118.

Die Bundesverfassung kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.

Vgl. *Art. 6,* litt. *c.*

I. Geschichte

zu den Art. 118—123[1].

Im Gegensatz zur Mediationsverfassung und zum Bundesvertrag von 1815 sahen die *Entwürfe von 1832* und *1833* die Möglichkeit der Revision vor, der Entwurf von 1832 aber erst nach 12 Jahren, derjenige von 1833 nach 6 Jahren. Nach dem Entwurf von 1832, Art. 108—117, musste der Antrag von wenigstens 5 Kantonen gestellt, auf einer ordentlichen Tagsatzung angekündigt und an der nächsten behandelt werden. Diese nach Instruktionen stimmende Tagsatzung sollte mit Mehrheit von 12 Stimmen entscheiden, ob die Revision stattfinden und ob sie eine allgemeine oder eine bloss teilweise sein solle; die Vorarbeiten waren einer Kommission zu überweisen und die Tagsatzung hatte über deren Entwurf ohne Instruktionen zu beraten. Das Ergebnis dieser freien Tagsatzungsverhandlung sollte den Kantonen mitgeteilt und darauf durch die instruierte Tagsatzung beraten und angenommen oder abgelehnt werden; zur Annahme bedurfte es einer Mehrheit von 15 Stimmen. Der Entwurf von 1833, Art. 104—110, ändere dieses Verfahren hauptsächlich darin ab, dass der Antrag auf Totalrevision durch 8 Kantone gestellt werden musste und dass die Vornahme derselben, sowie die Annahme des Entwurfs nur mit ²/₃ der Kantonsstimmen beschlossen werden konnte.

In der *Revisionskommission von 1848* wurde zuerst beschlossen, die B. V. könne jederzeit revidiert werden; sodann, die Frage der Revision müsse ans Volk gebracht werden, wenn 50,000 Bürger die Revision begehren oder wenn die Kammern nicht übereinstimmen; der An-

---

[1]) *Blumer-Morel,* III, 238. Über den nach 1848 noch geltenden Ausschluss der Revision während bestimmter Zeit in einer Anzahl von Kantonsverfassungen s. *Kaiser,* Schweiz. Staatsrecht, II, 97.

trag, die Revision in diesem Falle durch einen Verfassungsrat vornehmen zu lassen, wurde abgelehnt; dagegen seien die Kammern neu zu wählen[1]).

Art. 104 des Entwurfes lautete: «Die B. V. kann jederzeit revidiert werden.»

Die Tagsatzung lehnte den Antrag von *Appenzell A.-Rh.* ab, zu verlangen, dass sich 12 Stände für die Revision aussprechen; ebenso, weil überflüssig, den Antrag von *Baselstadt,* die Worte «ganz oder teilweise» einzufügen. Die Bestimmung wurde Art. 111 der Verfassung von 1848.

Zum Art. 105 des Entwurfs von 1848: «Die Revision geschieht auf dem Wege der Gesetzgebung», beantragte *Bern*, die Worte «in der Regel» einzuschalten, um anzudeuten, dass auch ein Verfassungsrat aufgestellt werden könne, sofern dieser Modus der Revision als erwünscht oder selbst als ein Gebot der Notwendigkeit erscheinen sollte. Dies wurde aber mit grossem Mehr abgelehnt; wenn die Räte mit der öffentlichen Meinung in Widerspruch geraten, so biete der folgende Artikel einen Ausweg.

Zu Art. 106 des Entwurfs, der im wesentlichen lautete wie 1848, wurden in der Tagsatzung folgende prinzipielle Amendements gestellt: *Aargau* beantragte, die Frage, ob revidiert werden solle oder nicht, in jedem Falle dem Volke vorzulegen. Einige Kantone beantragten, in jedem Fall *(Bern)* oder wenigstens bei Meinungsverschiedenheit zwischen dem Volk und den Räten *(Bern* und *St. Gallen)*, die Revision durch einen Verfassungsrat vornehmen zu lassen. *Aargau* wollte in jedem Fall die Räte neu wählen lassen. Zur Begründung des Verfassungsrates wurde vorgebracht, wenn beide Räte oder einer derselben das vom Volk gestellte Begehren um Revision ablehne, so müsse die Nation ihren Willen unmittelbar kundgeben dürfen; der Verfassungsrat habe übrigens nur einen Entwurf auszuarbeiten, welcher durch die Mehrheit von Volk und Ständen angenommen werden müsse. *Dagegen* wurde erwidert, mit der Übertragung der Revisionsarbeit an einen Verfassungsrat würde das kantonale Element, das sonst dem nationalen gleichgestellt sei, geopfert. Schliesslich wurden nur zwei Anträge *Waadts* angenommen: in Abs. 1 die Worte «und die beiden Räte die Revision ablehnen» zu streichen, und im 2. Absatz statt «so sind beide Räte aufzulösen und neue zu wählen», zu sagen «so sind neue Räte zu wählen».

In der B. V. von 1848 lautete Art. 113: «Wenn eine Abteilung der B. Vers. die Revision beschliesst und die andere nicht zustimmt, oder wenn fünfzigtausend stimmberechtigte Schweizerbürger die Revision der B. V. verlangen, so muss im einen wie im andern Falle die Frage, ob eine Revision stattfinden soll oder nicht, dem schweizerischen Volke zur Abstimmung vorgelegt werden. — Sofern in einem dieser Fälle die Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger über die Frage sich bejahend ausspricht, so sind beide Räte neu zu wählen, um die Revision an die Hand zu nehmen.»

Art. 107 des Entwurfes endlich wurde unverändert Art. 114 der neuen B. V.; die Anträge des Kantons *Bern,* das Volk allein abstimmen zu lassen, und des Kantons *Schwyz*, im Gegenteil die Zustimmung von $^3/_4$ event. $^2/_3$ der Kantone zu verlangen, wurden beide abgelehnt.

---

[1]) Prot. der Revisionskommission, S. 142, 143, 161, 184—185.

Die B. V. von 1848 sagte nicht, durch welches Organ die Kantone ihre Stimme auszudrücken haben. Als 1865 die B. V. teilweise revidiert wurde, stellte es die B. Vers. den Kantonen anheim, eine öffentliche Behörde namens des Standes votieren oder die Mehrheit der Einzelstimmen als Standesvotum gelten zu lassen. 17 Stände wählten den zweiten Modus. Luzern, Obwalden, Baselstadt und Schaffhausen liessen zur Ermittlung des Standesvotums die in kantonalen Angelegenheiten stimmberechtigten Bürger besonders abstimmen. Uri und Nidwalden beriefen 8 Tage vorher eine besondere Landsgemeinde ein, und in Freiburg und Tessin stimmte der Grosse Rat. Botschaft des B. R. vom 12. Febr. 1866, Bericht der St. R. K. vom 20. Febr. 1866 (B. Bl. 1866, I, 117, 285). Die Frage, ob die Stimmen der Halbkantone als halbe Stimmen zu zählen seien, ohne Rücksicht auf die Stimmen des andern Kantonsteils, wurde damals nicht praktisch, weil das Ständemehr bei beiden Zählarten nur einem Revisionspunkt erworben war. Der B. R. scheint aber die halben Stimmen auch gezählt zu haben.

Die B. V. bestimmte nicht, auf welche Weise der Bürger sein Verlangen nach einer Verfassungsrevision kundgeben müsse, und wie lange ein einmal gestelltes Begehren in Kraft bleibe. Der B. R. schlug der B. Vers. mit Botschaft vom 23. Nov. 1866 (B. Bl. 1866, III, 207) vor, diese und andere ähnliche Fragen durch ein Ausführungsgesetz zu regeln, welches am 5. Dez. 1867 als B. Ges. betr. die Begehren für Revision der B. V. angenommen wurde (A. S. IX. 205).

In der N. R. K. von 1871 beantragte *Kaiser* bei Art. 114, die revidierte Verfassung solle in Kraft treten, wenn sie von der Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger (nicht auch der Kantone) angenommen worden sei, eventuell: von der Mehrheit der stimmenden Bürger in der Mehrheit der Kantone.

Der Antrag erhielt eine etwas andere, von *Heer* vorgeschlagene Fassung: «Das Stimmergebnis in einem Halbkanton wird als halbe Stimme gezählt.» Art. 114 wurde darauf redigiert: «Die revidierte B. V. tritt in Kraft, wenn sie von einer Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger, welche zugleich die Mehrheit der Kantone bildet, angenommen worden ist. — Das Stimmenergebnis in einem Halbkanton wird als halbe Stimme gezählt.» In 2. Beratung erhielt die Bestimmung die Fassung von 1874, d. h. gleich wie heute ausser den Worten: «bezw. der revidierte Teil derselben» in Abs. 1 [1]).

Im N. R. wiederholte *Kaiser* seinen Antrag auf Ausschluss der Ständeabstimmung unter Hinweis auf das gleiche Verfahren bei Referendumsabstimmungen. *Eytel* verlangte, dass die Kantonen wie bisher ihre Stimme auch durch den Grossen Rat abgeben können und dass am Grundsatze festgehalten werde, dass es der Eidgenossenschaft gegenüber nur ganze Kantone gebe; worauf *Heer* erwiderte, es wäre ungerecht, die Stimmen der Halbkantone nicht besonders zu zählen, da einzelne geteilte Kantonsteile in sich solche Gegensätze bilden, dass sie in entscheidenden Fragen unmöglich zu einer Übereinstimmung gelangen können; ähnlich werde im St. R. verfahren. In Beziehung auf das dritte Lemma sprechen für das neue Verfahren hinlängliche innere Gründe; denn habe das Volk zuerst gesprochen, so sei der Grosse Rat

---

[1]) Prot. der N. R. K. 1871, S. 178, 179, 227.

so ziemlich an diesen Ausspruch gebunden; erkläre sich aber der Grosse Rat zuerst und komme er dann mit der Volksabstimmung in Widerspruch, so sei seine Stellung geradezu unhaltbar. Die Abänderungsanträge wurden darauf abgelehnt. Der St. R. stimmte zu[1]).

Die Verfassungsrevision von 1873—74 brachte keine Veränderung.

In der *Abstimmung über den 1872er Verfassungsentwurf*, vom 12. Mai 1872, stimmten die Stände noch nach dem alten Verfahren, d. h. sie konnten besondere Standesvoten abgeben; es taten dies aber nur Uri, am 5. Mai, beide Unterwalden, am 28. April, und Glarus, ebenfalls am 5. Mai, überall durch Beschluss der Landsgemeinde. In Zürich schrieb die Kantonsverfassung selbst vor, dass das Ergebnis der Volksabstimmung als Standesstimme zu gelten habe; in den andern Kantonen erklärte es die oberste Behörde durch besonderes Dekret, z. T. erst nachträglich. Die Frage des selbständigen Stimmrechts der halben Kantone aufzuwerfen, lag kein Anlass vor, weil die beiden Kantonsteile jeweilen zusammen stimmten. Botschaft des B. R. vom 24. Mai 1872, Bericht der N. R. K. vom 28. Mai 1872 (B. Bl. 1872, II, 358, 449).

Bei der *Abstimmung vom 19. April 1874 über den 2. Entwurf vom 31. Januar 1874* gaben die Kantone Uri, Nidwalden, Glarus, Graubünden, Tessin und Genf besondere Standesstimmen ab; 3 Kantone *vor* dem 19. April, Graubünden und Genf liessen am gleichen Tage, Uri erst am 3. Mai abstimmen. In Uri, Nidwalden und Glarus gab die Landsgemeinde die Standesstimme ab, im Tessin der Grosse Rat und in Graubünden und Genf die nach kantonalem Recht stimmberechtigten Bürger; das Stimmrecht begann nämlich dort schon mit dem erfüllten 17. Altersjahr, hier erst mit dem erfüllten 21. Altersjahr. Die halben Stimmen von Appenzell A.-Rh. und I.-Rh. wurden besonders gezählt, was allerdings auf das Resultat ohne Einfluss blieb. Botschaft des B. R. vom 20. Mai 1874 (B. Bl. 1874, I, 699); Berichte der N. R. K. und der St. R. K. vom 27. u. 29. Mai 1874 (B. Bl. 1874, II, 477, 485), *Salis*, II, Nr. 360, I. Die B. Vers. erklärte mit B. B. vom 29. Mai 1874, es haben für Annahme 340,199, für Verwerfung 198,013 Bürger gestimmt, und es haben 14½ gegen 7½ Stände angenommen; die abgeänderte Verfassung sei somit sowohl von der Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger als von der Mehrheit der Kantone angenommen worden.

Anlässlich der Revision des Art. 65 i. J. 1879 äusserten der B. R. in seiner Botschaft vom 7. März u. die Mehrzahl der St. R. K. in einem Bericht vom 18. März 1879 die Ansicht, wenn beide Räte darüber nicht einig würden, müsste das Volk angefragt werden und das Volk könnte in diesem Fall, wie im Fall einer Initiative, nur darüber abstimmen, ob die Verfassung total zu revidieren sei (B. Bl. 1879, I, 281, 299; 562—564). Die Räte einigten sich aber über die Abänderung des Art. 65. Im gleichen Jahre ersuchte das Zentralkomitee der Abgeordnetenversammlung des schweiz. Volksvereins die B. Vers., von sich aus die Art. 39 und 120 B. V., und zwar gesondert, zur Revisionsabstimmung zu bringen; der B. R. legte, in Übereinstimmung mit den Gesuchstellern, Art. 120 der B. V. dahin aus, dass die 50,000 Bürger nur die Totalrevision verlangen können, weil der Artikel nur die Frage an das Volk zu richten gestatte, ob

[1]) Prot. des N. R. 1872, S. 476—479, 573. Prot. des St. R. vom 22. Febr. 1872; *Bulletin* 496.

eine Revision stattfinden solle oder nicht. Botschaft des B. R. vom 28. Novbr. 1879 über diese Eingabe (B. Bl. 1879, III, 1061). Die Minderheit der N. R. K. und die St. R. K. waren anderer Ansicht (B. Bl. 1879, III, 1187). *Blumer-Morel*, III, 243. Die B. Vers. trat auf die Petition nicht ein (A. S. IV, 415). *Salis*, III, Nr. 359. Die Argumentation des B. R. war m. E. unzutreffend, wenn auch zuzugeben ist, dass die obligatorische Neuwahl der Räte bei der Gutheissung der Initiative durch das Volk bei der Partialrevision kaum verständlich wäre; die Entstehungsgeschichte spricht aber dafür, dass das Volk nur angefragt werden sollte, wenn die Räte mit der Initiative oder unter sich nicht einig gingen [1]). Der B. R. bestätigte diese Auslegung, als am 3. Aug. 1880 56,520 Schweizerbürger die Revision des Art. 39 B. V. i. S. eines formulierten Vorschlages verlangten; der B. R. fügt bei, die B. Vers. allein habe Inhalt und Form der neuen Verfassungsbestimmung festzusetzen, unter Vorbehalt der Sanktion des Volkes und der Stände, was m. E. richtig war. Er beantragt daher, dem Volke bloss die Frage vorzulegen: Soll eine Revision der B. V. stattfinden? Botschaft des B. R. vom 18. Aug. 1880 und das Schreiben von Minister Dr. *Kern*, vom 13. Sept. 1880, welches die b. r. Auslegung in beiden Beziehungen gutheisst (B. Bl. 1880, III, 595, 667). Bericht der N. R. K. vom 17. Sept. 1880 (B. Bl. 1880, IV, 59). Die B. Vers. schloss sich, wie 1879, der Ansicht des B. R. an und stellte die allgemeine Frage an das Volk, welches sie am 31. Okt. 1880 mit 260,126 gegen 121,099 Stimmen verneinte. B. B. vom 17. Sept. 1880 (B. Bl. 1880, III, 693) und vom 13. Dez. 1880 (A. S. V, 266. *Salis*, II, Nr. 359). Vgl. auch den Bericht des B. R. an den N. R. betr. Petitionen von Grütlivereinen um Revision der B. V., vom 22. Mai 1889 (B. Bl. 1889, III, 49).

Am 6. Juni 1884 hatten die N. R. *Zemp*, *Keel* und *Pedrazzini* die Motion auf Revision verschiedener Artikel der B. V., u. a. von Art. 120, gestellt; der N. R. erklärte diese Motion erheblich, und der B. R. erfüllte den Auftrag, darüber Bericht zu erstatten, indem er mit Botschaft vom 13. Juni 1890 der B. Vers. die Revision des III. Abschnittes der B. V. vorschlug (B. Bl. 1890, III, 454). Seine Anträge lauteten:

Art. 118. «Die B. V. kann jederzeit ganz oder teilweise revidiert werden.»

Art. 119. «In beiden Fällen geschieht die Revision auf dem Wege der Bundesgesetzgebung.»

Art. 120: «Wenn eine Abteilung der B. Vers. die Totalrevision beschliesst und die andere nicht zustimmt, oder wenn fünfzigtausend stimmberechtigte Schweizerbürger die Totalrevision der B. V. verlangen, so muss im einen wie im andern Falle die Frage, ob eine solche stattfinden soll oder nicht, dem schweizerischen Volke zur Abstimmung vorgelegt werden. — Sofern in einem dieser Fälle die Mehrheit der

---

[1]) Prot. der Revisionskommission von 1848, S. 142; *Hilty*, Revision und Reorganisation, Bern, 1882, S. 53. *Blumer-Morel*, III, 247. Auch das B. Ges. vom 5. Dez. 1867, Art. 5, Abs. 2, welches der Verfassung nachgebildet ist, hatte nicht diesen Sinn. Bei der Verfassungsrevision von 1891 bemerkte *Hilty* zutreffend, es werde mit dem Recht, nicht nur die sog. Total-, sondern auch die Partialrevision anzubegehren, dem Volke eigentlich nur etwas zurückgegeben, was es früher schon gehabt und was implicite schon in der 1848er Verfassung ausgesprochen gelegen habe. Prot. des N. R. vom 7. April 1891. Dr. *Kern*, einer der Redaktoren der 1848er Verfassung, sprach sich in einem Schreiben vom 13. Sept. 1880 im gleichen Sinn aus wie der B. R. B. Bl. 1880, III, 667. *Hilty* äusserte eine andere Ansicht in seiner Schrift: Über die Wiedereinführung der Todesstrafe, Bern, 1879 S. 46 ff.

stimmenden Schweizerbürger über die Frage sich bejahend ausspricht, so sind beide Räte neu zu wählen, um die Totalrevision an die Hand zu nehmen.»

Art. 121. «Auf dem Wege der Volksanregung kann auch die Aufhebung oder Abänderung einzelner bestimmter Artikel der B. V., sowie die Aufstellung neuer Verfassungsbestimmungen verlangt werden. — Wenn auf diesem Wege mehrere verschiedene Materien zur Revision oder zur Aufnahme in die B. V. vorgeschlagen werden, so hat jede derselben den Gegenstand eines besondern Initiativbegehrens zu bilden. — Sobald fünfzigtausend stimmfähige Schweizerbürger ein solches Begehren stellen so ist dem Volke die Frage, ob die von denselben angeregte Partialrevision stattfinden soll, zur Abstimmung vorzulegen und, sofern die Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger sich bejahend ausspricht, diese Revision von der B. Vers. an die Hand zu nehmen. — Über das Verfahren bei diesen Volksbegehren und Abstimmungen wird ein B. Ges. das Nähere bestimmen.»

Art. 122 = 121 von 1874.

Der B. R. unterschied also deutlich zwischen Total- und Partialrevision und beschränkte die Bestimmungen des Art. 120 ausdrücklich auf die Totalrevision. Die Initiative zur Partialrevision konnte nicht auf Annahme eines formulierten Verfassungsartikels gehen, und die Frage, ob die Partialrevision vorzunehmen sei, musste vor jeder Beratung der B. Vers. durch das Volk entschieden werden, damit die B. Vers., wenn sie sich dagegen aussprechen sollte, nicht in Widerspruch mit dem nachherigen Volksentscheide komme, was nach Ansicht des B. R. eine Gesammterneuerung der Räte hätte zur Folge haben müssen.

Schon im N. R. stellte die Minderheit der Komm. den Antrag, die formulierte Initiative zuzulassen, und die vorgängige Abstimmung des Volkes über die Revisionsfrage fallen zu lassen. Ihre Anträge stimmten im wesentlichen mit der heutigen Fassung überein, ausgenommen in folgenden Punkten: Abs. 4 von heute bildete mit Abs. 2 den 2. Abs., und Abs. 3 war an vorletzter Stelle; im heutigen Abs. 4 hiess es statt «allgemeinen» «einfachen», und im heutigen Abs. 5 einfach: «Wenn ein solches Begehren in der Form der allgemeinen Anregung gestellt wird, und die B. Vers. demselben nicht entspricht, so ist die Frage ....»; das Ende des heutigen letzten Absatzes lautete: «... einen eigenen Entwurf ausarbeiten, welcher gleichzeitig mit dem Initiativbegehren zur Abstimmung gelangt.»

Von seiten der Mehrheit der Komm. wurde dagegen namentlich eingewendet, der Doppelvorschlag der Initianten und der B. Vers. an das Volk sei ein unbehülfliches, ja das Volk zu verwirren geeignetes Mittel, die Nachteile der Unabänderlichkeit und Unverbesserlichkeit der Redaktion der Initianten zu heben. Von bundesrätlicher Seite *(Schenk)* wurde ebenfalls gegen den Minderheitsvorschlag opponiert. «Die formulierte Initiative der Kommissionsminderheit stelle dem organisierten Volke das nichtorganisierte als gleichberechtigten Faktor an die Seite oder vielmehr gegenüber.» Der Doppelvorschlag würde einer Eventualabstimmung rufen, welche von einer grossen Anzahl der Stimmenden nicht verstanden würde. Der Antrag der Mehrheit, d. h. derjenige des B. R. wurde darauf angenommen[1]).

[1]) Prot. des N. R. vom 23. Sept. 1890.

Im St. R. erklärte sich die Mehrheit der Komm. mit unwesentlichen Änderungen für den Antrag der Minderheit der N. R. K.; zwei Mitglieder dieser Mehrheit wollten indessen die B. Vers. schlechthin verpflichten, die angeregte Revision vorzunehmen und jede vorgängige Abstimmung über die Frage der Partialrevision fallen lassen, und an Stelle der heutigen Abs. 5 und 6 sagen: «Die dem Begehren der Initianten entsprechende Partialrevision der B. V. ist von der B. Vers. dem Volke und den Ständen zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen.»

Die Minderheit der Komm. schloss sich im wesentlichen dem N. R. an; zwei Mitglieder derselben beantragten, a. E. des b. r. 3. Abs. beizufügen: «Die Volksabstimmung gilt für die B. Vers. als grundsätzlicher Entscheid.» Der St. R. erhob den Antrag seiner Kommissionsmehrheit am 17. Dez. 1890 zum Beschluss [1].

Im N. R. beantragte *Hilty* eine ganz neue Fassung der Art. 118—121, die sich vom Beschluss des St. R. wesentlich dadurch unterschied, dass überhaupt keine andere als die formulierte Initiative in Betracht gezogen werden sollte. Die Initianten würden dadurch genötigt, ihr Begehren näher zu besehen und bedächtiger und umsichtiger zu Werke zu gehen. *Brunner* beantragte, die B. Vers. solle dem Initiativvorschlag keinen Gegenvorschlag entgegenstellen können. Schliesslich stimmte der Rat am 8. April 1891 mit 71 gegen 63 Stimmen dem Beschluss des St. R. zu [2].

Der also revidierte III. Abschnitt der B. V. wurde in der Volksabstimmung vom 5. Juli 1892 mit 183,029 gegen 120,599 Stimmen und 16½ gegen 3½ Standesstimmen angenommen (B. Bl. 1891, IV, 1. A. S. XII, 161).

Art. 119.

Die Totalrevision geschieht auf dem Wege der Bundesgesetzgebung.

Art. 120.

Wenn eine Abteilung der Bundesversammlung die Totalrevision beschliesst und die andere nicht zustimmt, oder wenn fünfzigtausend stimmberechtigte Schweizerbürger eine Totalrevision der Bundesverfassung verlangen, so muss im einen wie im anderen Falle die Frage, ob eine solche stattfinden soll oder nicht, dem schweizerischen Volke zur Abstimmung vorgelegt werden.

---

[1]) Prot. des St. R. von diesem Tag.
[2]) Prot. des N. R. vom 7. u. 8. Aug. 1891. *Salis*, II, Nr. 359, II.

Sofern in einem dieser Fälle die Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger über die Frage sich bejahend ausspricht, so sind beide Räte neu zu wählen, um die Totalrevision an die Hand zu nehmen.

I. Geschichte.

(S. bei *Art. 118.*)

II. Auslegung[1]).

Die *Totalrevision* unterscheidet sich von der *Partialrevision* dadurch, dass der Antrag auf Revision der ganzen Verfassung durch die B. Vers. lautet, nicht bloss auf Revision bestimmter einzelner Teile. Die Revision ist aber eine totale, wenn auch nicht bei jedem Artikel eine Abänderung beantragt oder beschlossen wird, sofern nur jeder Artikel in Diskussion gezogen wird[2]). Wegen des verschiedenen Verfahrens kann ein Vorschlagsberechtigter Interesse haben, den Antrag auf Totalrevision zu stellen, obschon er nur eine beschränkte Anzahl von Artikeln abzuändern wünscht, oder, umgekehrt, den Antrag auf Partialrevision, obschon er umfassende und tiefgehende Abänderungen beabsichtigt. Wenn z. B. eine Abteilung der B. Vers. die Zustimmung der andern zu einer Partialrevision nicht erhält, so kann sie an das Volk appellieren, indem sie die Totalrevision beschliesst; oder wenn die B. Vers. Bestimmungen der B. V. über verschiedene Materien abändern, aber darüber das Volk in einer einzigen Abstimmung entscheiden lassen möchte, so kann sie es dadurch erreichen, dass sie die Totalrevision beschliesst; wenn eine Abteilung der B. Vers. der Zustimmung der andern nicht sicher ist und sie der in Art. 120 vorgesehenen Neuwahl entgehen will, so steht es ihr frei, die Partialrevision zu beschliessen. Ein durchgreifendes Mittel, solche Ablenkungen der Revisionsvorschriften von ihrem eigentlichen Zweck zu verhindern, gibt es nicht; die bisher stets geübte Offenheit und Ehrlichkeit gegenüber dem Volk, die Kontrolle der öffentlichen Meinung und der Umstand, dass der angestrebte Zweck eben doch nur mit dem entsprechenden Antrag sicher erreicht werden kann, bürgen dafür, dass die Freiheit der Wahl zwischen Total- und Partialrevision nicht missbraucht werde.

Der Satz, dass die Totalrevision *auf dem Wege der Bundesgesetzgebung* geschehe, ist nicht ohne Einschränkung richtig. Die B. V. sieht selbst Abweichungen vor, indem sie fünfzigtausend stimmberechtigten Bürgern gestattet, die Revision zu verlangen, indem sie das Volk entscheiden lässt, wenn sich die beiden Räte über die Frage der Totalrevision nicht einigen können, und indem sie die revidierte Verfassung der Sanktion des Volkes und der Stände unterstellt; endlich liegt auch darin eine Abweichung,

---

[1]) Für die Zeit vor 1891: *Blumer-Morel*, III. 240, ff.; *Dubs*, II, 39; *Orelli*, 83; *Hilty*, Revision und Reorganisation, Bern, 1882, S. 52, I.

[2]) Ungenau: Prot. der St. R. K. 1871, S. 107; der N. R. K. 1873, S. 58; Bericht des B. R. vom 28. Nov. 1879; B. Bl. 1879, III, 1061.

dass, während Gesetze und allgemein verbindliche Beschlüsse stets in globo dem Referendum unterstellt werden, die B. Vers. die von ihr revidierte Verfassung m. E. auch in mehreren Abschnitten dem Volk vorlegen kann, wenn der Wille der Stimmenden damit deutlicher zum Ausdruck kommt, s. Art. *123*. Die Totalrevision von 1872 wie von 1874 wurde durch die B. Vers. in die Form eines Bundesgesetzes betr. die Revision der B. V. vom 12. Septb. 1848 gekleidet. M. E. wäre es richtiger, hier den einfachen Ausdruck «Beschluss» zu wählen, wie es bei den Partialrevisionen üblich ist[1]).

Die 50,000 Bürger können, wenn sie die Totalrevision verlangen, nicht einen ausgearbeiteten vollständigen Verfasssungsentwurf vorschlagen, derart, dass die B. Vers. oder das Volk darüber abzustimmen hätten; sie können ebensowenig mit dem Begehren der Totalrevision den Antrag auf Abänderung einzelner Bestimmungen in bestimmter Weise oder auf Revision der Verfassung in einem bestimmten Sinne verbinden.

Wenn die beiden Abteilungen der B. Vers. übereinstimmend die Totalrevision beschliessen, so braucht das Volk darüber nicht angefragt zu werden. Sind sie aber nicht einig, oder kommt die Anregung von aussen, so entscheidet das Volk (ohne die Stände), ob revidiert werden solle.

Art. 121.

Die Partialrevision kann sowohl auf dem Wege der Volksanregung (Initiative) als der Bundesgesetzgebung vorgenommen werden.

Die Volksanregung umfasst das von 50,000 stimmberechtigten Schweizerbürgern gestellte Begehren auf Erlass, Aufhebung oder Abänderung bestimmter Artikel der Bundesverfassung.

Wenn auf dem Wege der Volksanregung mehrere verschiedene Materien zur Revision oder zur Aufnahme in die Bundesverfassung vorgeschlagen werden, so hat jede derselben den Gegenstand eines besonderen Begehrens zu bilden.

Die Initiativbegehren können in der Form der allgemeinen Anregung oder des ausgearbeiteten Entwurfes gestellt werden.

Wenn ein solches Begehren in der Form der allgemeinen Anregung gestellt wird und die eidgenös-

---

[1]) Die Partialrevision von 1865 wurde auch in die Form eines Gesetzes gekleidet, St. B. VII, 65; 67. Votum B. R. *Müller*.

sischen Räte mit demselben einverstanden sind, so haben sie die Partialrevision im Sinne der Initianten auszuarbeiten und dieselbe dem Volke und den Ständen zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen. Stimmen die eidgenössischen Räte dem Begehren nicht zu, so ist die Frage der Partialrevision dem Volke zur Abstimmung zu unterbreiten und, sofern die Mehrheit der stimmenden Schweizerbürger sich bejahend ausspricht, die Revision von der Bundesversammlung im Sinne des Volksbeschlusses an die Hand zu nehmen.

Wird das Begehren in Form eines ausgearbeiteten Entwurfes gestellt und stimmt die Bundesversammlung demselben zu, so ist der Entwurf dem Volke und den Ständen zur Annahme oder Verwerfung vorzulegen. Im Falle der Nichtzustimmung kann die Bundesversammlung einen eigenen Entwurf ausarbeiten oder die Verwerfung des Vorschlages beantragen und ihren Entwurf oder Verwerfungsantrag gleichzeitig mit dem Initiativbegehren der Abstimmung des Volkes und der Stände unterbreiten.

I. Geschichte.

(S. bei Art. 118.)

II. Auslegung [1].

Dem Inhalte nach kann die Verfassungsrevision nicht beschränkt werden, gehe sie nun von der B. Vers. selbst oder vom Volke aus; es bleibt den Vorschlagsberechtigten und in letzter Linie dem Volke und den Ständen überlassen, zu entscheiden, welche Materien sich zur Aufnahme in die B. V. eignen. Ein formales Hindernis steht also nicht entgegen, dass das Volk auf dem Wege der Verfassungsinitiative mit Zustimmung der Stände dasjenige erreiche, was es auf dem Wege der

[1]) Botschaft des B. R. vom 22. Mai 1889 betr. die Petitionen von Grütlivereinen; vom 13. Juni 1890 betr. Revision des III. Abschnittes der B. V., und vom 22. Juli 1891 betr. das Ausführungsgesetz; B. Bl. 1891, IV, 11. *v. Salis,* Art. „Bundesverfassung“ in *Reichesbergs* Handwörterbuch, I, 690. *Hilty*, Politisches Jahrbuch, III, 189. *Westerkamp,* Bundesstaat und Staatenbund, 414.

Gesetzesinitiative nicht erreichen kann[1]; es kann auch auf diesem Weg der Gesetzgeber zum Erlass bestimmter, nach bestimmten Grundsätzen zu redigierender Gesetze verpflichtet werden, was *Benziger* im N. R. 1894 mit Unrecht bezweifelte. St. B. III, 607.

Wenn die Partialrevision nicht durch die Volksanregung verlangt wird, kann sie *auf dem Wege der Bundesgesetzgebung* vorgenommen werden. Das Verfahren unterscheidet sich dann nur dadurch vom gesetzgeberischen, dass der revidierte Teil der Verfassung dem Volk und den Ständen zur Annahme unterbreitet werden muss. Einigen sich die Räte nicht über die Frage, ob revidiert werden soll, oder über den Inhalt der Revision, so bleibt es beim alten, ohne dass das Volk zu entscheiden hätte.

Die *Volksanregung* kann den Erlass, die Aufhebung oder die Abänderung bestimmter Artikel der B. V. bezwecken. Jedes Initiativbegehren soll aber *nur eine Materie* zum Gegenstand haben, damit sowohl die Initianten als das Volk, dem es später vorgelegt wird, sich über jeden Gegenstand besonders aussprechen können. Die Einheit des Gegenstandes besteht nicht darin, dass er nur *einen* Artikel der B. V. berührt, sondern im inneren Zusammenhang seiner Teile. Da aber alle Teile der Rechtsordnung mit einander zusammenhängen, kann es u. U. sehr schwer werden, eine Entscheidung zu treffen, die nicht willkürlich und nicht kleinlich sei. Wenn die Initiative z. B. die Zentralisation des Militärs und eine entsprechende Neuverteilung der Militärlasten unter Bund und Kantone bezweckt (Art. 20 und 42), so sind die militärische und die finanzielle zwei teleologisch untrennbare Seiten einer und derselben Einrichtung, obschon sie logisch wohl unterscheidbar sind; wenn die B. Vers. durch die Revision des Art. 85 (Befugnisse) entlastet werden soll, und die Streichung u. a. der Wahlen des B. R., zugleich aber die Wahl dieses letzteren durch das Volk vorgeschlagen würden, so wäre der erste Gegenstand, so wie er umschrieben, vom zweiten nicht zu trennen, denn wenn die B. Vers. den B. R. nicht mehr wählen soll, so muss notwendigerweise eine andere Wahlart geschaffen werden. In solchen Fällen ist so viel als möglich nach den Hauptzielen der Initianten zu scheiden, ohne sich ängstlich an ihre Redaktion zu halten. Im zweiten Beispiel wären zwei Revisionspunkte zu unterscheiden gewesen: die Verminderung der Befugnisse der B. Vers., die Wahl des B. R. nicht inbegriffen, und die Wahl des B. R. Bei der Verfassungsinitiative von 1899 betr. Proportionalwahl des N. R. und Volkswahl des B. R. waren richtig zwei verschiedene Begehren formuliert, das eine über die Proportionalwahl des N. R. (Art. 73), das andere über die verschiedenen durch die Volkswahl bedingten Veränderungen der B. V. (Art. 95, 96, 100, 103, 85, 4°).

Die B. V. sagt nicht ausdrücklich, wer für die Befolgung dieses Grundsatzes zu sorgen hat; es ist aber klar, dass es nur die B. Vers. sein kann. Die B. Vers. kann den Stoff von sich aus einteilen, wenn die Revision von ihr ausgegangen ist. Ist sie durch ein Initiativbegehren verlangt worden, und bezieht sich das Begehren zugleich auf ver-

---

[1] *J. Berney*, L'initiative populaire en droit public fédéral; Recueil inaugural de l'université de Lausanne, 1892; L'initiative populaire et la législation fédérale, in Recueil publié par la faculté de Droit de Lausanne 1896, p. 309, 323. *Gobat*, im St. B. IV, 59—60, 99—100, anlässlich des Beutezuges. *Salis*, II. Nr. 362. St. B. II, 417 ff.; III, 256 betr. Art. 25 bis; XI, 207, 212.

schiedene Materien, so fragt es sich, welches die Folge dieser zu viel umfassenden Formulierung des Initiativbegehrens sei: soll das Initiativbegehren ungültig erklärt werden, oder soll es zergliedert dem Volke vorgelegt werden? Die Sanktion des Satzes, dass ein Initiativbegehren nicht mehrere verschiedene Materien zur Revision stellen soll, kann m. E. nur die Ungültigerklärung des Begehrens durch die B. Vers. sein; diese Sanktion ist aber mit Mass anzuwenden.

Wenn es sich um eine in der Form allgemeiner Anregung gestellte Initiative handelt, kann es leicht vorkommen, dass bei der Durchführung des allgemeinen Zweckgedankens, z. B. Revision des Finanzausgleichs zu gunsten der Kantone, zwei Mittel vorgeschlagen werden, die einzeln oder kumulativ angewendet werden können. Es liegt dann kein Grund vor, die Initiative ungültig zu erklären, denn die Initianten wollten alle dasselbe; die erforderliche Zahl der Unterschriften wurde nicht zusammengebracht durch Verkoppelung verschiedenartiger Begehren. Die B. Vers. kann daher, ohne dem Initiativbegehren Gewalt anzutun, die verschiedenen Ausführungsmittel dem Volke zu besonderer Stimmabgabe vorlegen, und sie soll es tun, wenn die beiden Teile der Initiative Fragen berühren, über welche sich die Bürger besonders werden äussern wollen. M. a. W., der Grundsatz, dass nach Materien zu trennen ist, braucht auf die Formulierung des Initiativbegehrens nicht so streng angewendet zu werden, wie auf die Formulierung der Abstimmungsvorlage, weil sich dort jeder Bürger der Unterschrift enthalten kann, wenn ihm die Formulierung nicht zusagt, während er sich hier aussprechen muss.

Schwieriger ist es, wenn das Initiativbegehren in der Form eines ausgearbeiteten Entwurfes gestellt wird. Es entspricht wohl der B. V. und noch deutlicher dem Ausführungsgesetz vom 27. Januar 1892 (Art. 8 und 9), dass das Initiativbegehren, wenn es dem Volk nicht so vorgelegt werden kann, wie es formuliert worden ist, als ungültig zurückgewiesen werde. Es sprechen allerdings gute Gründe für die entgegengesetzte Lösung, ausser dem bei der allgemeinen Anregung erwähnten namentlich die Erwägung, dass der Grundsatz der Unabänderlichkeit des formulierten Initiativbegehrens nicht speziell im Hinblick auf diesen Fall aufgestellt worden ist.

Eine andere Frage ist es, wie zu verfahren sei, wenn die verschiedenen Unterschriften *nicht genau das gleiche Begehren* enthalten. Bei allgemeinen Anregungen ist m. E. nicht mehr zu verlangen, als dass die Begehren inhaltlich übereinstimmen; es werden sogar Unterschriftenbogen mitgezählt werden dürfen, die *mehr* enthalten als die anderen, sofern sie nur auch das geringere Begehren enthalten[1]. Bei ausgearbeiteten Entwürfen dagegen ist grundsätzlich auch gleiche Fassung des Gedankens erforderlich; diplomatisch genaue Übereinstimmung ist aber m. E. nicht nötig[2]. Es wäre dem Volke unverständlich, dass zwei Initiativbegehren, die durch rein redaktionelle Differenzen von einander abweichen, nicht als ein und dasselbe betrachtet würden; es wird ja auch oft die Fassung des Initiativbegehrens in den drei Nationalsprachen

---

[1]) Weist jedes Begehren 50,000 Unterschriften auf, so sind sie als besondere Begehren zu behandeln. Art. 15 des Gesetzes.

[2]) Art. 4, Ziff. 3, des Gesetzes vom 27. Januar 1892 verlangt, dass jeder Unterschriftenbogen „den Wortlaut des Revisionsbegehrens“ enthalte.

nicht genau übereinstimmen. Dem Volke wird dann diejenige Fassung vorzulegen sein, die am meisten Unterschriften aufweist.

Es wird nicht immer sicher zu entscheiden sein, ob ein Revisionsbegehren als *allgemeine Anregung* oder als *ausgearbeiteter Entwurf gemeint* sei. Ist letzteres der Fall, so darf das Begehren nicht als allgemeine Anregung behandelt werden, weil die Fassung unbestimmt ist oder vom üblichen Gesetzesstil abweicht; es steht aber der B. Vers. frei, der Fassung der Initianten eine bessere entgegenzustellen.

Der Antrag auf *Aufhebung einer Verfassungsbestimmung* ist als ausgearbeiteter Entwurf zu behandeln; denn die eidg. Räte haben dabei nichts auszuarbeiten, und wenn sie mit dem Begehren nicht einverstanden sind, hat es keinen Sinn, das Volk zuerst über die Frage, ob eine Revision stattfinden solle, und nachher über die revidierten Verfassungsartikel abstimmen zu lassen, wie es Art. 121, Abs. 5, voraussetzt, da mit der ersten Frage die Sache selbst entschieden ist. Das B. Ges. vom 27. Januar 1892 sieht für diesen Fall in Art. 7 das gleiche Verfahren vor, wie bei den allgemeinen Anregungen.

Das gleiche Gesetz stellt den Fall, wo die eidg. Räte die allgemeine Anregung oder den ausgearbeiteten Entwurf des Volkes ablehnen, denjenigen gleich, wo ein Beschluss binnen Jahresfrist nicht zustande kommt (Art. 7, Abs. 3, und Art. 91).

Das Ausführungsgesetz, Art. 10, sagt ausdrücklich, dass der Gegenentwurf der B. Vers. die nämliche Verfassungsmaterie beschlagen muss, wie der Entwurf der Initianten[1]).

Der B. R. schlug in seiner Botschaft vom 22. Juli 1891 vor, für den Fall, dass die B. Vers. dem formulierten Initiativbegehren einen eigenen Entwurf entgegenstellen sollte, das Volk zuerst in eventueller *Abstimmung* zwischen beiden Entwürfen wählen und in definitiver Abstimmung entscheiden zu lassen, ob der gewählte Entwurf an Stelle der bisherigen Verfassungsartikel treten solle oder nicht. Dieses Verfahren war allein geeignet, den wahren Willen des Volkes zum Ausdruck zu bringen. Um aber die doppelte Abstimmung zu vermeiden, beschloss die B. Vers. in Art. 11 des Gesetzes vom 27. Januar 1892, es seien die beiden Entwürfe in *einer* Abstimmung vorzulegen, indem die zwei Fragen gestellt werden:

Wollt Ihr den Verfassungsentwurf der Initianten annehmen? oder
Wollt Ihr den Revisionsentwurf der B. Vers. annehmen?

Diese nicht gerade leicht verständliche Fragestellung ermöglicht es nicht jedem Bürger, seine Meinung zum Ausdruck zu bringen. Derjenige, welcher in erster Linie keine Verfassungsrevision will, muss bei beiden Fragen «nein» schreiben; er kann nicht eventuell erklären, welchem Entwurf er den Vorzug gäbe. Es kann daher vorkommen, dass derjenige Entwurf angenommen wird, welcher nicht die meisten Anhänger hat. Derjenige aber, welcher keine Revision will, die Revision nach dem einen Entwurf noch der Annahme des anderen vorzieht, kann seinen Willen, dass nicht revidiert werde, nicht zur Geltung bringen; es kann also auch vorkommen, dass die Revision beschlossen werde, obschon die Mehrheit der Stimmenden nicht dafür ist.

---

[1]) Vgl. B. Ger. vom 2. März 1899 i. S. Kündig u. Kons. g. Baselstadt, XXV, 64.

Art. 122.

Über das Verfahren bei den Volksbegehren und den Abstimmungen betreffend Revision der Bundesverfassung wird ein Bundesgesetz das Nähere bestimmen.

Das B. Ges. über das Verfahren bei Volksbegehren und Abstimmungen betr. Revision der B. V. vom 27. Januar 1892 (A. S. XII, 885; vgl. *Salis*, II, Nr. 361) normiert die formellen Bedingungen der Initiativbegehren; es setzt die Frist, während welcher Unterschriften für das gleiche Begehren gesammelt werden können, auf 6 Monate fest (Art. 5, Ziff. 1); diejenige, innert welcher sich die Räte über die Zustimmung oder Nichtzustimmung zu einem Initiativbegehren schlüssig zu machen haben, auf 1 Jahr (Art. 7 und 8; *Salis*, II, Nr. 364). Für die Ausarbeitung des Entwurfes gemäss einer allgemeinen Anregung, der sie zustimmt, oder im Gegensatz zu einer formulierten Initiative, der sie nicht zustimmt, ist der B. Vers. keine Frist gestellt (Art. 7).

Darüber, ob ein Initiativbegehren die nötige Zahl der Unterschriften erreicht habe, entscheidet auf den Bericht des B. R. die B. Vers. (Art. 6); sie entscheidet ebenfalls, ob das Volk die Vorfrage der Revision bejaht oder verneint habe, und konstatiert das Resultat der Schlussabstimmung.

Die eidg. Räte nahmen am 11. April und 12. Juni 1894 ein Postulat *Forrer* an: Der B. R. wird eingeladen, der B. Vers. jeweilen nach Eingang eines gültigen Volksbegehrens, sei es bei Übermittlung desselben, sei es in besonderer Botschaft, Bericht und Antrag, sowohl in formeller als in sachlicher Beziehung vorzulegen. St. B. III, 601 ff., 650, 655; 673. IV, 7; vgl. 54.

Art. 123.

Die revidierte Bundesverfassung, beziehungsweise der revidierte Teil derselben, treten in Kraft, wenn sie von der Mehrheit der an der Abstimmung teilnehmenden Bürger und von der Mehrheit der Kantone angenommen sind.

Bei Ausmittlung der Mehrheit der Kantone wird die Stimme eines Halbkantons als halbe Stimme gezählt.

Das Ergebnis der Volksabstimmung in jedem Kantone gilt als Standesstimme desselben.

I. Geschichte.

(S. bei *Art. 118.*)

II. Auslegung.

Die B. V. behandelt, ausser bei Initiativbegehren, nicht ausdrücklich die Frage, ob *die revidierte B.V.* oder *die revidierten Teile derselben* dem Volke und den Ständen *als unteilbares Ganzes* vorzulegen seien, oder ob über die verschiedenen Materien eine besondere Stimmabgabe zu veranlassen sei. Bei Partialrevisionen, die von der B. Vers. selbst ausgehen, ist m. E. nach Materien abzustimmen. Wenn die B.V. die Trennung nach Materien bei Partialrevisionen vorschreibt, die durch Volksinitiative angeregt werden, so ist nicht einzusehen, warum das Gleiche nicht für die von der B.Vers. ausgehende Revision gelten sollte; denn die Trennung nach Materien ist dort zur richtigen Ermittlung des Willens nicht nur der Initianten, sondern hauptsächlich des später über Annahme oder Verwerfung abstimmenden Volkes vorgeschrieben [1]. Wenn Art. 121, Abs. 1, der von der B.Vers. ausgehenden Partialrevision den Weg der Bundesgesetzgebung weist, so tut er es nur, um dieses Verfahren der Volksinitiative gegenüberzustellen, nicht aber, um die Verfassung in jeder Beziehung einem Gesetz gleichzustellen. Das Gleiche gilt für die Totalrevision. Die B. Vers. hat sowohl bei der Partialrevision von 1865 als bei den Totalrevisionen von 1872 und 1874 die Frage eingehend diskutiert, ob die Revisionsartikel als Ganzes, in globo, oder nach Materien gruppiert, dem Volke vorzulegen seien, ohne dass ihr das Recht dazu bestritten worden wäre; die 1848er Verfassung stimmte mit der heutigen in dieser Beziehung überein. Die 1865 revidierten Artikel wurden zu 9 Revisionspunkten gruppiert. 1872 und 1874 dagegen beschloss die B.Vers., nicht ohne lebhaften Widerspruch, über die revidierte Verfassung in globo abstimmen zu lassen [2]. Die Frage, ob in globo oder nach Materien abgestimmt werde, ist unabhängig von der Frage, ob eine Total- oder Partialrevision stattgefunden hat; sie hängt davon ab, was schliesslich revidiert worden ist. Werden bei einer Totalrevision schliesslich nur 2 ganz verschiedene Materien revidiert, so wäre es unnatürlich, darüber in globo abstimmen zu lassen. Die B.Vers. hat jeweilen dasjenige Verfahren zu wählen, welches den Willen des Volkes am besten zum Ausdruck bringt.

Zur Ermittlung des *absoluten Mehrs der Bürger* sind, wie bei den N. R.-wahlen, die ungültigen, aber nicht die leeren Stimmzettel mitzuzählen, wie der B.R. in der Botschaft vom 4. Juni 1879 ausführte (B. Bl. 1879, III, 853). Die B.Vers. entschied im andern Sinne, indem sie im B. B. betr. die Erwahrung der Abstimmung vom 20. Juni 1879 die ungültigen Stimmen nicht zählte (A. S. IV, 195). *Salis*, II, Nr. 360, II. B. Ges. vom

---

[1]) Vgl. Botschaft vom 13. Juni 1890; B. Bl. 1890, III, 461—462.

[2]) Der B. R. beantragte in seiner Botschaft vom 17. Juni 1870, 13 verschiedene Gruppen und Abstimmungen zu bilden; die N. R. K. und darauf der N. R. beschlossen Abstimmung in globo; 2 Mitglieder hatten 5 Gruppen vorgeschlagen; die St. R. K. wollte 7 Gruppen bilden, *Blumer* schlug später 8 Gruppen vor; der St. R. beschloss Gesamtabstimmung mit 31 gegen 10 St. Prot. der N. R. K. 1871, S. 180, 253; der St. R. K., S. 107. Prot. des N. R. 1872, S. 592. Bulletin des St. R., S. 566. Bei der Revision von 1873—74 schlug die N. R. K. vor, nach 5 Gruppen abzustimmen; der N. R. aber beschloss mit 79 gegen 44 St. in Übereinstimmung mit dem B. R. die Abstimmung in globo; die St. R. K. war der Ansicht der N. R. K. und teilte den Stoff in 7 Gruppen; der St. R. aber stimmte dem N. R. mit 22 gegen 17 St. zu. Prot. der N. R. K. 1873, S. 58, 65; der St. R. K., S. 3, 45, Prot. der eidg. Räte 1873—74, S. 289—293; 387.

19. Juli 1872, Art. 19, Abs. 2 (A. S. X, 915), vgl. bez. Volksbegehren B. Ges. vom 27. Januar 1892, Art. 12.

Die absolute *Mehrheit der Stände* ist nicht 12 (= 22 : 2 + 1), sondern 11½, gemäss dem Grundsatz des Art. 123, Abs. 2, wie der B. R. richtig ausführte in seiner Botschaft über das Ergebnis der Abstimmung über den Art. 25bis, vom 13. Oktb. 1893 (B. Bl. 1893, IV, 401). *Salis*, II, Nr. 360, III [1]).

Es ist bis jetzt nur einmal vorgekommen, dass sich das Ständevotum mit dem Volksvotum in Widerspruch befunden hatte, nämlich bei der Abstimmung vom 14. Januar 1866 über den ersten Revisionspunkt (Mass und Gewicht), der vom Volk mit 159,182 gegen 156,396 Stimmen angenommen, von den Ständen mit 12½ gegen 9½ Stimmen verworfen wurde (B. Bl. 1866, I, 119) [2]). — Die Initiative betr. das Recht auf Arbeit wurde durch alle Stände verworfen; der Art. 27bis und die jüngste Revision des Art. 64 (Erfindungschutz) wurden mit allen ausser ½ Standesstimmen angenommen [3]).

Das Resultat der Verfassungsabstimmungen wird gemäss konstanter Übung seit 1848 durch die B. Vers. konstatiert; ist die Revision angenommen, so konstatiert es die B. Vers. in einem besonderen Erwahrungsbeschluss, mit welchem erst die angenommene Verfassung oder Verfassungsbestimmung in Kraft tritt. Art. 123, Abs. 1, bezeichnet also nicht den genauen Zeitpunkt des Inkrafttretens, sondern die Hauptvoraussetzung desselben. Wenn die Revision verworfen wird, so nimmt die B. Vers. von der b. r. Botschaft, welche dies mitteilt, Einsicht und Vormerk zu Protokoll [4]).

Was zu geschehen habe, wenn das Volk durch vorgängige Abstimmung die Total- oder Partialrevision beschlossen hat, und der von der B. Vers. ausgearbeitete Entwurf vom Volke und von den Ständen verworfen wird, sagt die B. V. nicht; eine absolute Pflicht für die B. Vers., einen neuen Entwurf vorzulegen, besteht nicht. Die Rechtslage ist ähnlich derjenigen, die entsteht, wenn eine Verfassungsbestimmung die gesetzliche Regelung einer Materie vorschreibt, das ausgearbeitete Gesetz aber in der Referendumsabstimmung verworfen wird. Eine erneute Anfrage des Volkes, ob revidiert werden solle, ist in der B. V. nicht vorgesehen. Der Fall ist bisher nicht vorgekommen.

---

[1]) *Schollenberger*, Kommentar, S. 571.

[2]) Dagegen erhielten zwei durch das Volk angenommene B. Ges. in der Referendumsabstimmung die Mehrheit der Stimmen nur in einer Minderheit von Kantonen: das Zivilstandsgesetz in 9½ Kantonen und das Betreibungsgesetz in 9 Kantonen.

[3]) Die Standesvoten sind vollständig angeführt bei *Veith*, Der rechtliche Einfluss der Kantone auf die Bundesgewalt, Diss., 1902, 139 ff.; die Verfassungsrevisionen von 1874—1903 bei *Salis*, II, Nr. 366.

[4]) Ein ausdrücklicher Beschluss wurde nur gefasst am 22. Dez. 1882 bei der Ablehnung eines Art. 64bis betr. Erfindungsschutz. A. S. VI, 627. *Veith*, a. a. O., 133—134.

Übergangsbestimmungen.

Art. 1.

In betreff der Verwendung der Zoll- und Posteinnahmen bleiben die bisherigen Verhältnisse unverändert, bis der Übergang der bis jetzt von den Kantonen getragenen Militärlasten auf den Bund sich vollzieht.

Ausserdem ist auf dem Wege der Bundesgesetzgebung zu bewirken, dass denjenigen Kantonen, für welche die durch die Art. 20, 30, 36, zweites Alinea, und 42 *e* herbeigeführten Veränderungen im Gesamtergebnisse eine fiskalische Einbusse zur Folge haben, diese Einbusse nicht auf einmal in ihrem vollen Umfange, sondern nur allmählich während einer Übergangsperiode von einigen Jahren erwachse.

Diejenigen Kantone, welche sich bis zum Zeitpunkte, in welchem der Art. 20 in Kraft tritt, mit den ihnen durch die bisherige Bundesverfassung und die Bundesgesetze obliegenden militärischen Leistungen im Rückstande befinden, sind verpflichtet, diese Leistungen auf eigene Kosten nachzuholen.

Der Bund übernahm die ihm durch Art. 20 B. V. zugedachten *Militärlasten* mit dem Inkrafttreten der M. O. vom 13. Nov. 1874 am 19. Febr. 1875, aber für das ganze laufende Jahr (B. Bl. 1874, III, 561; 1875, II, 35; 1876, II, 393). Die in Art. 26 und 33 der B. V. von 1848 (oben S. 256, 338) vorgesehenen Post- und Zollentschädigungen fielen daher mit dem Jahre 1875 dahin.

Abs. 2 fand nur auf Baselstadt Anwendung, da alle andern Kantone durch die Abgabe der Militärlasten an den Bund mehr gewannen, als sie durch die Aufhebung der Post- und Zollentschädigungen, sowie durch Abgabe der halben Militärtaxe verloren. Botschaft des B. R. vom 24. Aug. 1874 (B. Bl. 1874, II, 747); Baselstadt erlitt eine jährliche Einbusse von Fr. 164,433 und erhielt dafür durch B. B. vom 18. März 1875

(A. S. I, 445) eine Entschädigung von Fr. 120,000 im ersten, Fr. 80,000 im zweiten, Fr. 50,000 im dritten, Fr. 30,000 im vierten und Fr. 20,000 im fünften Jahr.

Betr. *Abs. 3* vgl. die M. O., Art. 142, und den Geschäftsbericht des Militärdepartements für 1875 (B. Bl. 1876, II, 468).

Art. 2.

Diejenigen Bestimmungen der eidgenössischen Gesetzgebung, der Konkordate, der kantonalen Verfassungen und Gesetze, welche mit der neuen Bundesverfassung im Widerspruch stehen, treten mit Annahme derselben, beziehungsweise der Erlassung der darin in Aussicht genommenen Bundesgesetze ausser Kraft.

Diese Bestimmung will nicht den Grundsatz, dass eidgenössisches Recht dem kantonalen vorgeht, aufstellen, sondern den Zeitpunkt bestimmen, mit welchem die B. V. in Kraft tritt[1]).

Das B. Ger. legte den Art. 2 Ü. B. so aus, dass die der B. V. widersprechenden Vorschriften mit dem Inkrafttreten derselben sofort und ipso jure dahingefallen seien; die Anwendung dieses Grundsatzes wurde bei den einzelnen Artikeln der B. V. besprochen. Vgl. Art. *54*, S. 549, 554; *Salis*, IV, Nr. 1475. Art. *58*, Abs. 2, S. 591; *59*, Abs. 3, S. 624; *Salis*, I, Nr. 41, 42.

Mit Beschluss vom 27. März 1875 betr. die Ausweisung der Geistlichen aus dem Berner Jura erklärte der B. R., die im Interesse der öffentlichen Ordnung unter der alten B. V. rechtsgültig getroffenen Massnahmen können erst dann ausser Kraft gesetzt werden, wenn dies ohne Gefährdung des damit verbundenen Zweckes möglich sei (B. Bl. 1875, I, 515). Ähnlich B. R. B. vom 31. Mai 1875 und B. B. vom 1. Juli 1875 in der gleichen Angelegenheit (B. Bl. 1875, III, 3 und 691).

Mit Beschluss vom 4. Okt. 1875 i. S. Niedergelassene der Gem. Bern (B. Bl. 1876, II, 265) sprach der B. R. aus, dass dem Art. 45, Abs. 6, B. V. keine rückwirkende Kraft zukomme.

Art. 3.

Die neuen Bestimmungen betreffend die Organisation und die Befugnisse des Bundesgerichts treten erst nach Erlassung der bezüglichen Bundesgesetze in Kraft.

Der B. B. vom 16. Okt. 1874 (A. S. I, 157) hat den Beginn der Amtstätigkeit des B. Ger. auf den 1. Januar 1875 festgesetzt.

---

[1]) *Westerkamp*, Bundesstaat und Staatenbund, S. 420, verwechselt dies.

Art. 4.

Den Kantonen wird zur Einführung der Unentgeltlichkeit des öffentlichen Primarunterrichts (Art. 27) eine Frist von 5 Jahren eingeräumt.

Vgl. Geschäftsbericht des Departements des Innern für 1879 (B. Bl. 1880, II, 12).

Art. 5.

Personen, welche den wissenschaftlichen Berufsarten angehören, und welche bis zum Erlasse der im Art. 33 vorgesehenen Bundesgesetzgebung von einem Kanton oder von einer mehrere Kantone repräsentierenden Konkordatsbehörde den Ausweis der Befähigung erlangt haben, sind befugt, ihren Beruf in der ganzen Eidgenossenschaft auszuüben.

Seit dem Erlasse der Bundesgesetze vom 19. Dez. 1877 und 21. Dez. 1886 über die Freizügigkeit der Ärzte, Apotheker, Tierärzte und Zahnärzte hat Art. 5 Ü. B. nur noch auf die Rechtsanwälte praktische Anwendung gefunden.

Die Praxis der Bundesbehörden hatte sich namentlich mit der Frage zu befassen, was ein *Befähigungsausweis* i. S. der Verfassungsbestimmung sei.

Der Ausweis muss die wissenschaftliche Befähigung bezeugen; es muss ihm daher «in irgend einer Weise eine materielle Untersuchung über die zur Berufsübung erforderlichen wissenschaftlichen und praktischen Fähigkeiten vorausgegangen» sein; B. Ger., 3. Dez. 1896, i. S. Curti, XXII, 929; ist dies der Fall, so steht den andern Kantonen eine materielle Nachprüfung des Ausweises nicht mehr zu. Ein «Fürsprechpatent», welches ohne jede vorausgegangene Prüfung, lediglich gestützt auf ein Zeugnis des obersten Gerichtshofes eines Kantons, erteilt wird, in welchem die Advokatur freigegeben ist, kann nicht als Befähigungsausweis im Sinne des Art. 5 B. V. angesehen werden. B. R. B., 15. Juli 1879 (B. Bl. 1880, II, 19; *Salis*, II, Nr. 855). Als genügenden Ausweis hat dagegen das B. Ger. durch Entscheidung vom 14. Juni 1900 i. S. Raspini[1]), im Gegensatz zur früheren Praxis des B. R., das Genfer Diplom anerkannt, welches auf Grund der Erlangung des Doktor- oder Lizentiatengrades an einer schweiz. Universität erteilt wird; wohl mit Recht, obschon ein rein akademisches Diplom schwerlich als Ausweis über *praktische* Befähigung dienen kann. Als genügend wurde auch erklärt, das thurgauische (B. R. B., 5. April 1892, B. Bl. 1892, II, 247; 1893, III, 298;

[1]) Publiziert im Repertorio di Giurisprudenza Patria, 1900, XX. 609; vgl. *Salis*, a. a. O., Nr. 858.

Salis, a. a. O., Nr. 856) und das luzernische (B. R. B., 17. Febr. 1880, B. Bl. 1881, II, 91; *Salis,* a. a. O., Nr. 854) Anwaltspatent, und sogar das ältere neuenburgische Patent, welches bloss den Nachweis einjähriger praktischer Übung in einem Advokaturbureau (stage) und eine mündliche Probeverteidigung vor dem Kantonsgericht voraussetzte; ein Ausweis über wissenschaftliche Befähigung kann darin m. E. nicht gefunden werden; B. R. B., 23. Febr. 1894 (B. Bl. 1894, I, 356; *Salis,* a. a. O., Nr. 857).

Wenn die B. V. verlangt, dass der Ausweis von einem *Kanton* oder von einer mehrere Kantone repräsentierenden *Konkordatsbehörde* ausgestellt worden sei, so schliesst das akademische Diplome nicht aus, sofern auf Grund derselben das Recht zur Ausübung des Anwaltsberufes erlangt wird und dieses Recht ohne diesen oder einen andern wissenschaftlichen Ausweis (z. B. auf Grund eines Staatsexamens) nicht erlangt werden kann; denn das muss allemal verlangt werden, dass der fragliche wissenschaftliche Ausweis dem Anwalt in einem Kantone das Recht der Berufsausübung verschafft habe [1]).

Liegt ein gültiger Befähigungsausweis vor, so ist es gleichgültig, ob er in der Absicht, die schwereren Anforderungen eines andern Kantons zu umgehen, erlangt worden sei [2]).

Endlich ist Art. 5 Ü. B. nicht nur auf die ständige Ausübung mit Niederlassung in einem andern Kanton, sondern auch auf die Ausübung vereinzelter Berufshandlungen angewendet worden, wofür allerdings die Analogie spricht [3]).

Art. 6.

Wenn vor Ende des Jahres 1890 ein Bundesgesetz im Sinne des Art. 32 bis eingeführt wird, so fallen schon mit dessen Inkrafttreten die von den Kantonen und Gemeinden nach Art. 32 bezogenen Eingangsgebühren auf geistigen Getränken dahin.

Wenn in diesem Falle die auf die einzelnen Kantone und Gemeinden berechneten Anteile an der zur Verteilung kommenden Summe nicht hinreichen würden, um die dahingefallenen Gebühren auf geistigen Getränken nach dem durchschnittlichen jährlichen Nettoertrage in den Jahren 1880 bis und mit 1884 zu ersetzen, so wird den betroffenen Kantonen und Gemeinden bis Ende des Jahres 1890 der daherige Ausfall aus derjenigen Summe gedeckt, welche den übri-

[1]) Vgl. die zit. Entscheide, *Salis,* a. a. O., Nr. 858 und 856.
[2]) *Salis,* a. a. O., Nr. 854.
[3]) *Salis,* a. a. O., Nr. 857.

gen Kantonen nach der Volkszahl zukommen würde, und erst der Rest auf die letzteren nach ihrer Volkszahl verteilt.

Ausserdem ist auf dem Wege der Bundesgesetzgebung zu bewirken, dass denjenigen Kantonen oder Gemeinden, für welche das Inkrafttreten dieses Beschlusses eine fiskalische Einbusse zur Folge haben kann, diese Einbusse nicht auf einmal in ihrem vollen Umfange, sondern nur allmählich bis zum Jahre 1895 erwachse. Die hierzu erforderlichen Entschädigungssummen sind vorweg aus den im Art. 32 bis, Alinea 4, bezeichneten Reineinnahmen zu entnehmen.

Dieser Artikel wurde zugleich mit Art. 31, lit. *c*, und 32 bis am 25. Oktober 1885 angenommen.

Nach Erlass des B. Ges. betr. gebrannte Wasser vom 23. Dez. 1886 (A. S. X, 60) beschloss der B. R. am 15. Juli 1887 (A. S. X, 115), die kantonalen und kommunalen Eingangsgebühren sollen mit dem 1. Sept. 1887 dahinfallen.

Abs. 2 ist insofern unklar, als er von einer an die Kantone und Gemeinden zu verteilenden Summe spricht, obschon von den Gemeinden in Art. 32 bis, Abs. 4, nicht die Rede ist. Die Berechnung der den Kantonen und Gemeinden zukommenden Entschädigung ist festgesetzt in Art. XI des zit. B. R. B. vom 15. Juli 1887. Das B. Ger. hat am 1. Mai 1891 i. S. Commune de Carouge contre Confédération, XIII, 334, entschieden, der Bund sei nur für den Ausfall der Eingangsgebühren auf geistigen Getränken entschädigungspflichtig, nicht auch der andern «ähnlichen Gebühren» (Fabrikations- und Verkaufssteuern) der Gemeinden (Art. 32 und 31, lit. *a*).

Abs. 3 wurde ausgeführt durch das B. Ges. betr. Verteilung der Reineinnahmen des Alkoholmonopols vom 3. Juni 1891 (A. S. XII, 353).

Druckfehler und Nachträge.

S. 28, Z. 22; statt «Bundesstaat» lies «*Staatenbund*».

S. 58. Dass Art. 2 B. V. keine Kompetenzabgrenzung enthält, erklärt auch *Bernatzik* in seiner Besprechung von *Salis'* Bundesrecht, 1. Aufl. Krit. Vierteljahrsschr. 1893, XXXV, 279, 296.

S. 69, Z. 13 von unten; statt «einnehmen» lies «*einengen*».

S. 81 wäre noch die Diskussion zu erwähnen, die 1897 im N. R. stattfand über die Frage, ob der Vorschlag, dass von den 80 Mitgliedern des Eisenbahnverwaltungsrates 25 «durch Landwirtschaft, Handel, Industrie und Gewerbe und durch das Eisenbahnpersonal» oder durch die grossen wirtschaftlichen Verbände gewählt werden sollen, der Rechtsgleichheit widerspreche, wie *Jeanhenry* und *Hilty* m. E. mit Unrecht behaupteten. Vgl. Voten *Heller* und *Curti*. St. B. VII, 1085—1092; 1125—1145; 1161.

S. 96, Note 1, 1. Linie; statt «22. März 1903» lies «22. März *1893*».

S. 105, Z. 18 von unten, statt «gemeinsamen Begehen» lies «gemeinsam*em Vorgehen*».

S. 107, 2. Abs., a. E., lies statt «(Art. 85, Ziffer 80)» «(Art. 85, Ziffer 8)».

S. 121. Für die Ansicht, dass das B. Ger. durch die Gewährleistung der kantonalen Verfassungen nicht gebunden ist, spricht sich aus *Bernatzik,* a. a. O., S. 281.

S. 126, 3. Abs., Z. 6 statt «Fürsprache» lies «*Einsprache*».

S. 137, vorletzter Absatz, Z. 4; statt «Postbeschränkungen» «*Pass*beschränkungen».

S. 148, Note, ist einzufügen: «Prot. der Kommission, S. 15, *135*, 150 etc.».

S. 167, Z. 1; statt: «$^5/_{18}$ und $^3/_8$» lies: «$^5/_{18}$ und $^3/_{18}$».

— Note 1; statt: «*Salis*, I, Nr. 52» lies «*Salis*, I, Nr. *34*».

S. 168; ein Versuch der Selbsthülfe des Kantons Bern gegenüber dem Kanton Luzern wegen Missachtung des Viehseuchenkonkordates ist erwähnt B. Bl. 1869, I, 823.

S. 206, Z. 3; statt: «Im Jahre 1873» lies: «Im Jahre 187*1*».

S. 267. Über Natur und Zweck der Entschädigungen an die Kantone Uri, Graubünden, Tessin und Wallis sind zu vergleichen die b. ger. Urteile V, 283; VII, 123, 855 und 870; 15. Febr. 1884 i. S. Luzern g. Uri, X, 157.

S. 281, Z. 9 von unten; statt «Verkauf» lies «*Vor*kauf».

S. 284. Der B. R. B. vom 22. März 1904 i. S. Meier-Halter, B. Bl. 1904, II, 765, gestattet, Heiratsvermittlungsgeschäfte einer besonderen Kontrolle zu unterstellen, namentlich in bezug auf die persönlichen Requisite des Inhabers; der B. R. scheint anzunehmen, das Gewerbe könnte nicht als unsittliches verboten werden.

S. 316, 5. Abs., Z. 3; statt «Art. 31, lit. c» lies: «Art. 31, lit. *e*».

S. 351, Note 2; statt «*Kaiser* u. *Strickler*, I» lies «*Kaiser* u. *Strickler*, T».

S. 380, Note 2, ist beizufügen, dass der N. R. am 20. Febr. 1878 beschloss, 60 % des einfachen Geldbeitrages zu erheben, anstatt der halben (damals noch kantonalen) Militärsteuer; er stiess aber auf den Widerspruch des St. R. und verschob den Beschluss auf die folgende Session, wo dann der B. R. den Entwurf des bald darauf angenommenen Militärsteuergesetzes vom 28. Juni 1878 einbrachte. Vgl. B. Bl. 1878, I, 225. *Bourgeois*, Loi féd. sur la taxe d'exemption du service militaire, Laus. 1890, p. 28.

S. 510, 3. Abs., Z. 6; statt «in bejahendem Sinne» liess: «in *verneinendem* Sinne».

Den B. B. i. S. Mermillod kritisiert *Bernatzik* a. a. O., S. 287.

S. 519, Z. 14; statt «B. Ger. XX, 763,» lies: «B. Ger. XX, *703*».

— Z. 30; statt «B. Ger. XXIII, 1883,» lies: «B. Ger. XXIII, *1383*».

S. 536, Note 7, ist beizufügen: *Bindschädler*, Die schickliche Beerdigung nach Art. 53, Abs. 2, der schw. B. V. und die Anatomien; Schweiz. Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, V, 1904, S. 119. *Cramer*, Die Behandlung des menschlichen Leichnams im Zivil- und Strafrecht, Diss., Zürich 1885, S. 66.

S. 580; zu Note 2 vgl. B. Ger. I, 11.

S. 585, Note; statt «Freiburg» lies «*Solothurn*».

S. 668, Note; satt «So muss» lies: «*Sie* muss».

S. 669—670; zu Art. 9 des B. St. R. vgl. B. Bl. 1867, I, 893.

Sachregister.

Buchdruckerei Stämpfli & Cie., Bern, 1905.